

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

SÉPARATION DE FAIT ENTRE ÉPOUX



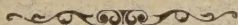
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 1^{er} juin 1922, à 4 heures 1/2

PAR

A. VINCENT

PRÉSIDENT : M. PIÉDELIEVRE, professeur.
ASSESEURS } MM. RIPERT, professeur.
 } LÉVY-ULLMANN, professeur.



TOULOUSE
LIBRAIRIE-MARQUESTE

E.-H. GUITARD, libraire-éditeur

7, rue Ozenne; 7

—
1922

DE LA
SÉPARATION DE FAIT
ENTRE ÉPOUX



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
SÉPARATION DE FAIT
ENTRE ÉPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

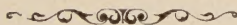
*L'acte publié sur les matières ci-après sera soutenu
le jeudi 1^{er} juin 1922, à 4 heures 1/2*

PAR

A. VINCENT



PRÉSIDENT : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.
ASSESSEURS } MM. RIPERT, professeur.
 } LÉVY-ULLMANN, professeur.



TOULOUSE
LIBRAIRIE-MARQUESTE
E.-H. GUITARD, libraire-éditeur

7, rue Ozenne, 7

—
1922

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

INTRODUCTION

L'expression « séparation de fait » ne se rencontre dans aucun texte. Elle est née et s'est vulgarisée, dans la langue des juriconsultes et des praticiens, sous l'influence des mœurs qui ont amené la multiplication des situations matrimoniales extra légales.

De même qu'on a appelé unions libres l'état des personnes vivant en pseudo ménage, sans avoir contracté mariage devant l'officier de l'état civil, de même on a donné le nom de « séparation de fait » à l'état de deux époux qui, après avoir été régulièrement mariés, ont cessé la vie commune sans qu'un jugement de séparation de corps ou de divorce le leur ait permis. Dans l'un et l'autre cas, nous voyons une substitution de la volonté privée des parties à la volonté législative exprimée en vue de l'ordre social. Nous ne nous attarderons pas à déplorer les conséquences de cet individualisme excessif et de cette prétendue émancipation.

La conclusion et la dissolution du mariage sont

choses trop graves, au point de vue de la famille, de la société et des individus eux-mêmes, pour qu'on puisse rejeter la nécessité d'une réglementation légale et d'un contrôle de l'autorité judiciaire.

Une séparation de fait, qu'elle provienne de l'accord des époux ou de l'abandon de l'un d'eux par l'autre, laisse donc le mariage juridiquement intact. Mais la loi ne peut pas supprimer le fait même de la séparation. Et de ce fait vont naître des questions délicates. Les conjoints se trouvant ainsi séparés et menant, chacun de son côté, une existence indépendante, les règles du Code civil, relatives à la gestion des affaires du ménage, aux rapports des époux, à l'éducation des enfants, ne peuvent plus s'appliquer normalement. Si, dans ces conditions, l'un des conjoints s'adresse à la justice pour faire trancher une question précise, il faudra bien que la justice réponde. C'est ainsi que la jurisprudence a été appelée à se prononcer sur de multiples problèmes pratiques, engendrés par la séparation de fait.

Sans doute, il ne pouvait s'agir, pour les tribunaux, d'attribuer à cette situation des effets de droit, mais il leur était impossible de ne pas reconnaître l'existence de cette situation et de ne pas en tirer des conséquences. Il serait exagéré de dire qu'ils ont réglementé la séparation de fait, mais se laissant guider surtout par l'équité, ils ont dû poser des solutions qu'ils se sont efforcés de mettre en harmonie avec les principes du droit.

Trois catégories de personnes sont atteintes par la séparation de fait : les époux eux-mêmes, leurs enfants, les tiers.

Nonobstant la cessation volontaire de la vie commune, les époux demeurent mariés. La femme reste donc incapable. Elle ne peut agir valablement sans autorisation maritale. Mais la subordination de l'épouse au mari se trouve bien relâchée, sinon supprimée, en fait, par suite de la séparation. Cependant la femme doit vivre et, pour cela, contracter. L'application des principes conduirait à déclarer annulables, à la demande de la femme et du mari, les actes passés par la femme seule, et à refuser aux tiers tout recours contre le mari. La jurisprudence ne pouvait consacrer des conséquences aussi rigoureuses qui eussent souvent été iniques, aussi bien pour la femme abandonnée qui doit pourvoir à son existence, que pour les tiers de bonne foi ayant traité avec elle. Mais comment convenait-il de concilier les principes avec les nécessités pratiques !

Pouvait-on admettre le service d'une pension alimentaire par un époux séparé de fait à l'autre ?

Enfin, la répercussion de la séparation de fait sur la famille était très inquiétante. L'exercice de la puissance paternelle, la garde des enfants, soulevaient de difficiles questions.

Nous diviserons notre étude de la manière suivante :

Dans un *premier chapitre* nous définirons la

situation désignée par l'expression assez imprécise de séparation de fait et nous en indiquerons les variétés possibles.

Dans un *deuxième chapitre*, nous nous attachons aux conventions de séparation, après avoir établi le principe de leur nullité, nous en montrons les conséquences.

Le *chapitre troisième* sera consacré à l'obligation de secours entre époux séparés de fait.

La question la plus importante et la plus abondante de notre sujet est celle du sort des actes passés par la femme mariée séparée de fait. Nous la traiterons dans le *chapitre quatrième*.

Enfin, dans le *cinquième chapitre*, nous examinons les difficultés qui peuvent se présenter, par suite de la séparation de fait, en matière de puissance paternelle.

CHAPITRE PREMIER

Définition et variétés de la séparation de fait.

La séparation de fait, telle que nous la considérons et telle qu'on l'entend d'une manière générale, est la situation de deux époux qui ont mis fin à la vie commune sans y avoir été autorisés par un jugement ou par un acte judiciaire. C'est une situation qui, par son caractère extra-légal et même formellement contraire à la loi se distingue de deux autres catégories d'hypothèses :

1° De l'hypothèse dans laquelle des époux ont obtenu du Président du Tribunal, une séparation provisoire de résidence au cours d'une instance en séparation de corps ou en divorce;

2° Des hypothèses dans lesquelles les époux sont, en fait, et pendant un temps variable, séparés l'un de l'autre, par des circonstances indépendantes de leur volonté.

Il n'est pas inutile, pour bien définir et mettre en lumière la situation qui va faire l'objet de notre étude, d'établir cette double distinction.

En premier lieu, la loi du 18 avril 1886, incorporée aux articles 234 et suivants du Code civil, prévoit un certain nombre de mesures relatives à la séparation de résidence, à l'entretien des époux, à la garde des enfants, à la conservation des biens au cours de l'instance en séparation de corps ou en divorce. L'article 236 dispose que : « Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire ». Des époux ainsi autorisés à vivre séparément, ne seront pas en état de séparation de fait au sens où nous prenons ces mots, car bien qu'il y ait dans la cessation de leur cohabitation un état contraire à la loi, il y a, au contraire, un état prévu et permis par celle-ci. Ce n'est point leur seule volonté qui crée cet état, mais un acte de l'autorité judiciaire. Le Président du Tribunal autorise celui qui intente l'action en divorce ou en séparation de corps, au moment où il comparaît devant lui pour obtenir l'ordonnance permettant de citer, à résider séparément de son conjoint. Ce magistrat jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire; l'opportunité de la mesure est livrée à son appréciation. La séparation dont il s'agit ici, n'est pas une situation contraire au droit.

En second lieu, nous n'appellerons pas séparation de fait, au sens habituel de cette expression, les cas où deux époux sont, plus ou moins longtemps éloignés l'un de l'autre par des circonstances indépendantes de leur volonté. Dans de semblables

hypothèses, il n'y a pas de rupture volontaire de la vie commune. La force majeure, la nécessité des devoirs impérieux, empêchent seuls la cohabitation. De très nombreux conjoints se sont ainsi trouvés, en fait, séparés par la guerre. Et la prolongation de cette situation a conduit le législateur à modifier, pour la durée des hostilités, les dispositions du Code civil relatives à l'autorisation des femmes mariés et à l'exercice de la puissance paternelle. Nous retrouverons au cours de notre étude, la loi du 3 juillet 1915, et nous en parlerons incidemment. Mais il était nécessaire de distinguer les séparations purement fortuites de ce que nous nommons et de ce qu'on nomme généralement la séparation de fait.

Notre précédente définition se trouve par là justifiée et expliquée. La séparation de fait suppose un acte de volonté, soit commune, soit unilatérale, et en cela, elle se différencie des séparations fortuites. De plus, la séparation de fait implique une substitution de l'autorité ou des deux conjoints à l'autorité judiciaire qui, seule, a le pouvoir de dissoudre ou de relâcher l'union conjugale et de dispenser les époux du devoir réciproque de cohabitation.

Ainsi définie et précisée la séparation de fait comporte des variétés qu'il faut maintenant indiquer.

Elle suppose essentiellement un acte de volonté tendant à mettre fin à la vie commune. Mais tantôt cet acte de volonté émane des deux époux, tantôt

il ne provient que de l'un d'eux. En d'autres termes, la séparation de fait résulte, soit d'un accord des époux, soit de l'acte unilatéral de l'un d'eux qui abandonne l'autre et cesse, de sa propre autorité, la vie commune.

Deux époux, las de vivre ensemble, ayant fait une expérience trop prolongée de leur incompatibilité d'humeur, décident de se séparer afin de mener dorénavant, chacun de son côté, une existence indépendante. Mais, soit qu'ils manquent de motifs suffisants pour demander en justice la séparation ou le divorce, soit qu'ils craignent le scandale ou qu'ils désirent éviter les frais de cette procédure, ils prennent le parti de recourir à une séparation amiable et par simple consentement mutuel. S'il s'agit d'un ménage vivant au jour le jour, il ne sera nullement besoin d'un écrit pour constater une telle convention. Chacun s'en ira de son côté tout simplement. Quant aux enfants, s'il y en a, un accord verbal aura tôt fait d'en attribuer la garde à qui bon semblera. Mais les choses seront un peu plus compliquées pour les conjoints ayant quelque fortune; alors, ils procéderont à un règlement de comptes et ils dresseront un écrit à l'effet de déterminer les conditions économiques de leurs existences séparées, de partager les biens qu'ils peuvent posséder en commun, d'opérer la restitution de sa dot à la femme, de préciser les conditions dans lesquelles une pension alimentaire devra être servie; d'autres clauses pourront avoir pour objet la garde des enfants, la contribution aux frais de

leur éducation, la réglementation du droit de visite. D'une façon générale, les époux fixeront eux-mêmes, pour eux et pour leurs enfants, le statut de leurs existences nouvelles, alors que la loi a réservé exclusivement à l'autorité judiciaire, le pouvoir de déterminer ce statut et de prononcer la cessation de la vie commune. Telle sera, la séparation conventionnelle.

Mais la séparation de fait peut se produire en dehors de toute convention et même contre la volonté de l'un des époux. Un mari, subissant des influences étrangères, abandonne sa femme et ses enfants. Une femme, malheureuse chez elle, ou sollicitée par des aventures romanesques, quitte le domicile conjugal. L'époux qui aura rompu la vie commune ne sera pas toujours, par cela même, coupable. Ainsi la femme ne serait pas répréhensible de s'être évadée du domicile conjugal si elle y avait été, matériellement ou moralement, contrainte par les mauvais traitements ou l'inconduite de son mari.

A l'époux innocent s'ouvrira la porte du divorce ou de la séparation de corps. L'abandon est certainement une injure grave. Mais si le conjoint innocent veut chercher non pas à dissoudre mais à raffermir le lien conjugal, le pourra-t-il ? En d'autres termes, aura-t-il la faculté de s'adresser utilement à la justice pour demander la réintégration de l'épouse volage ou sa propre réintégration s'il a été chassé ? L'idée d'une exécution *manu militari* est depuis longtemps abandonnée. On ne peut, dans

l'état de nos mœurs, parler d'une exécution sur les biens. Chaque époux a, vis-à-vis de l'autre, une obligation légale de cohabitation. Or, l'article 1142 dispose en termes généraux que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts au cas d'inexécution de la part du débiteur ». On peut dire que chaque conjoint se trouve, au point de vue du devoir de cohabitation, à la fois créancier et débiteur. Il est possible d'invoquer aussi l'article 1382. L'époux qui a violé l'obligation légale qui découle du mariage est en faute; son conjoint a le droit de demander réparation du préjudice qui lui est ainsi causé. Peu importe que le dommage dont il s'agit soit en même temps moral et matériel, ou même uniquement moral. Il n'est pas douteux qu'une lésion extra-patrimoniale comporte une indemnité pécuniaire : les difficultés de l'évaluation ne font pas échec au principe lui-même. Nous devons mentionner également l'ingénieux système des astreintes, imaginé par la jurisprudence : l'époux fautif est condamné à réintégrer le domicile conjugal à peine de tant par jour de retard.

Tous ces procédés se heurtent à une même objection fondamentale : ils ne sont pas propres à rétablir l'harmonie entre les époux; ils peuvent même aboutir à une désunion plus grave et plus irrémédiable. Toute contrainte physique, morale ou pécuniaire, en vue d'obliger des époux à la cohabitation, est absolument vaine. Toute reprise de vie commune ne sera véritable et durable que si elle pro-

vient de l'amendement et de la bonne volonté de l'époux récalcitrant.

A défaut de la bonne volonté ou de la possibilité d'une cohabitation, il n'y aura que deux solutions possibles : la séparation de corps ou le divorce prononcés judiciairement, la perpétuation de la séparation de fait. Mais celui-ci n'est pas, en réalité, une solution. Elle n'est qu'un état d'incertitude qui se prolonge non seulement en marge de la loi, mais en violation de ses dispositions formelles. Car le législateur n'a ouvert, pour se soustraire au devoir de cohabitation, qu'une voie unique : la séparation de corps. Sans doute, la séparation judiciaire est un droit que les époux demeurent libres de ne pas exercer. Mais s'ils y renoncent, ils ont l'obligation de vivre ensemble.

CHAPITRE II

Nullité des conventions de séparation.

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à considérer la convention de séparation comme dépourvue de toute valeur juridique (1).

L'article 307 déclare que : « La séparation de corps ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux. » C'est une disposition impérative en ce sens que seule l'autorité judiciaire, à l'exclusion de l'autorité privée des époux, a le droit de relâcher le lien conjugal noué publiquement devant l'officier de l'état civil. C'est aussi une dispo-

(1) Grenoble, 11 mars 1851. D. 53-2-62.

Nancy, 22 janvier 1870. D. 70-2-76.

Cassation, 14 juin 1882. D. 83-1-248.

Pau, 20 juin 1894. D. 95-2-11.

Trib. Seine, 15 mai 1895. *Gaz. Pal.*, 10 sept. 1895.

BEUDANT, t. II, n° 441, p. 93.

BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUEAU et CHÉRIOUX, t. III, n° 300.

sition prohibitive de toute convention particulière, car elle est motivée par des considérations d'ordre général et public. Du reste, tout ce qui intéresse l'état des personnes, ainsi que les droits et les obligations qui en découlent pour elles, tout ce qui touche à leur capacité ou à leur incapacité, est d'ordre public et échappe à l'autonomie des volontés individuelles. C'est ce que dit en d'autres termes et sous une forme générale l'article 6 : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

L'article 307, qui interdit la séparation de corps conventionnelle s'explique à merveille si l'on réfléchit à la nature du mariage. Sans doute celui-ci est un contrat créateur de droits et d'obligations, et qui ne peut se former que par le consentement des intéressés. Mais, à la différence des autres contrats, il ne peut se dissoudre par un consentement mutuel et contraire. Il constitue une institution d'une telle portée familiale et sociale que le législateur a voulu la soumettre à des règles propres et le placer sous le contrôle de la justice. En dehors des cas où le divorce et la séparation de corps pourront être prononcés judiciairement, le mariage persistera donc avec tous les effets qui lui sont attachés par la loi, avec tous les devoirs et tous les droits qu'il comporte et, notamment, avec le devoir de cohabitation imposé aux époux par l'article 214.

La séparation de corps volontaire est donc absolument illégale. De même, et par voie de consé-

quence, la séparation de biens volontaire est déclarée nulle par l'article 1443. Cette prohibition est en parfaite harmonie avec le principe de l'immuabilité des conventions matrimoniales proclamé par l'article 1395. Les tiers pourraient être trompés par l'adoption conventionnelle d'un nouveau régime des intérêts pécuniaires des époux, modifiant leur capacité, la femme elle-même pourrait être victime d'une influence malheureuse de son mari; aussi les rédacteurs du Code civil ont-ils admis que le contrat de mariage demeurerait intact jusqu'à la dissolution du mariage, à moins que les tribunaux n'aient prononcé la séparation de biens dans les cas prévus par la loi. Il est certain que si, contrairement à l'article 1443, des conjoints avaient réglé conventionnellement le partage de la communauté ou la restitution à la femme de sa dot ou de ses reprises, de telles conventions seraient nulles. La nullité de la séparation de biens volontaire entraîne celle de tous les paiements faits à la femme en vertu de cette convention, de toutes les remises à elle effectuées par le mari, de la restitution anticipée de sa dot (1). Tous ces actes seraient non avenus et ne libèreraient pas le mari.

S'inspirant des textes et des idées que nous venons de rappeler, les tribunaux ont déclaré nuls tous les traités ayant pour objet d'opérer la séparation de corps ou de biens entre époux. Ils ont

(1) Pau, 13 juin 1866. S. 67-2-41.

estimé que ces contrats étaient viciés par une cause illicite (1).

Il est inutile d'insister davantage sur le principe même de la nullité des conventions de séparation. De tels pactes, tendant à établir une situation contraire à la loi, ne peuvent être sanctionnés par la justice. La séparation de fait est un état contraire à la loi. Le mariage ne prend fin que par le divorce et ne se relâche que par la séparation de corps, judiciairement prononcée. Tant que le mariage dure, il impose les devoirs et confère les droits déterminés par la loi; au premier rang de ceux-ci, se trouve l'obligation pour les époux de vivre ensemble.

La convention de séparation est nulle, soit qu'elle vise les biens, soit qu'elle vise les personnes.

Quand deux époux décident d'un commun accord de se séparer, il arrive souvent que la question des enfants soit soulevée. Toute convention concernant les enfants est nulle dès sa formation. Le mariage, en effet, continue malgré la séparation de fait. Or, l'article 1388 interdit aux époux de déroger aux droits qui résultent de la puissance paternelle pendant le temps que dure le mariage.

Cependant, on a soutenu la validité d'une telle convention dans le cas où c'est le père qui confie pendant un certain temps à la mère la garde de l'enfant. En agissant ainsi, a-t-on dit, il n'aliène pas

(1) Cassation, 14 juin 1882. D. 83-1-248.

sa puissance, mais il en use largement. La Cour d'Alger, se plaçant à ce point de vue, a dit qu'un pacte de cette nature « n'implique aucune renonciation à aucun des droits que la loi attache, en vue de l'intérêt public, soit à la qualité du mari, soit à la qualité de père » (1).

Pour notre part, nous ne saurions approuver une semblable théorie. En réalité le père, par le pacte dont il s'agit, abdique sa puissance, il se désintéresse de l'enfant; ce n'est pas user d'un droit que de l'abandonner.

Le principe de la nullité des conventions de séparation étant établi, il faut en montrer les conséquences.

Le pacte qui a pour objet de régler les conditions d'une séparation volontaire étant nul, il en résulte que toute clause de ce pacte qui aura pour but de le sanctionner sera également nulle.

Une intéressante application de cette idée a été faite en jurisprudence dans l'espèce suivante :

Deux époux avaient passé sous seings privés une convention portant qu'à partir du jour de l'acte, la séparation de corps, entraînant la séparation de biens, existait entre eux, avec tous les effets attachés à la séparation judiciaire. Dans le même acte les époux avaient procédé au règlement de leurs intérêts respectifs et il était ajouté que, pour assurer l'exécution du pacte pendant la vie des con-

(1) Alger, 27 juin 1864. S. 64-2-288.

joints et après le décès du prémourant, des donations en cas de survie étaient faites, dans des actes notariés séparés, en date du même jour que l'acte sous seing privé, par le mari à la femme et par la femme au mari.

Le mari étant décédé, ses héritiers soutinrent que la donation faite à la femme survivante devait être annulée par ce motif qu'elle avait pour cause la convention de séparation amiable, entachée de nullité comme étant contraire à la loi.

Mais les juges du fond avaient repoussé les conclusions des héritiers sous prétexte qu'en droit, l'existence d'une cause illicite, dans une donation, doit résulter des énonciations du contrat lui-même, et qu'en fait, aucune indication de cette nature ne se rencontrait dans l'acte sous seings privés.

Mais la Cour de cassation, dans son arrêt du 2 janvier 1907, cassa cette décision et considéra qu'en refusant ainsi de puiser, en dehors de la donation, des éléments de preuve dans les autres documents du procès et dans les circonstances extrinsèques, alors qu'une fraude à la loi était alléguée, les juges avaient violé l'article 1131 du Code civil (1).

Cette solution appelle quelques observations.

La Cour suprême a ainsi posé en principe que les dispositions à titre gratuit sont nulles, comme les dispositions à titre onéreux, par application de

(1) Cassation, 2 janvier 1907. S. 1907-1-585 et la note.

l'article 1131 Code civil, lorsqu'elles reposent sur une cause illicite; que, de plus, pour rechercher si un contrat a une cause illicite, les tribunaux peuvent recourir, en dehors des énonciations du contrat lui-même, à tous les modes de preuve autorisés par la loi; qu'enfin, il n'y a pas lieu de distinguer, à ce point de vue de la preuve, entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.

Il est fort douteux que l'article 1131 soit applicable aux libéralités, car on se demande comment celles-ci pourraient avoir une véritable cause. « Dans les contrats de bienfaisance, disait Portalis (1), la libéralité que l'une des parties veut « exercer envers l'autre est une cause suffisante de « l'engagement qu'elle contracte envers elle. »

L'exposé des motifs du titre des obligations par Bigot-Préameneu porte que la cause « est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles » (2). D'autre part, l'exposé des motifs du titre de la vente par Portalis s'exprime ainsi : « Pour ce qui concerne les contrats « de bienfaisance, la cause se trouve suffisamment « dans le sentiment qui les produit. On n'a pas « voulu priver les hommes du doux commerce des « bienfaits. La cause d'un acte de bienfaisance est

(1) Traité des Obligations, 1^{re} partie, chap. I, section I, art. 3 § 6, n° 42.

(2) FENET. Travaux préparatoires du Code civil, t. XIII, p. 228.

« toujours dans la bienfaisance même » (1). C'est donc contrairement à la tradition historique et aux travaux préparatoires du Code civil que la jurisprudence fait intervenir la notion de cause illicite en matière de libéralités; elle comprend d'ailleurs la cause illicite d'une manière si large qu'elle la considère comme existant non seulement lorsque l'une des parties stipule une prestation contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, mais encore lorsque les contractants veulent faire de l'une des prestations stipulées, un emploi illicite. Conçue d'une manière aussi extensive, l'idée de cause illicite fut naturellement étendue des contrats à titre onéreux aux libéralités. C'est ainsi que la jurisprudence annule comme entachées de cause illicite les libéralités faites en faveur d'un enfant adultérin ou celles destinées à rémunérer ou à encourager des complaisances coupables. Mais ces solutions peuvent très bien être maintenues en dehors de l'idée de cause et appuyées, tant en matière d'actes à titre onéreux qu'en matière de libéralités, sur l'article 6 du Code civil, aux termes duquel « on ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Cette disposition interdit non seulement les conventions qui dispensent formellement les parties d'observer une règle de morale ou d'ordre public, mais encore celles qui ont

(1) FENET. *Op. cit.*, t. XIV, pp. 47 et 131.

pour objet d'écarter indirectement une règle de cette nature, en fournissant aux parties un intérêt à la violer, ou celles par lesquelles deux personnes unissent leurs efforts en vue d'agissements contraires à l'ordre public ou à la morale.

Les considérations précédentes s'appliquent complètement à la question sur laquelle la Cour de cassation se prononça dans son arrêt du 2 janvier 1907. Pour assurer l'observation d'une convention de séparation de fait, les époux s'étaient fait réciproquement une donation par acte notarié. Bien que ces donations fussent subordonnées chacune au prédécès du donateur, il était constant que leur essentiel et unique objet était de donner aux époux un intérêt à demeurer séparés; ainsi l'un et l'autre des donateurs aurait trouvé, dans la révocation de sa donation, la sanction de la non-exécution du contrat de séparation de fait. Ayant pour but d'assurer l'observation d'une convention contraire à une loi prohibitive, les donations étaient nulles sans qu'il fût nécessaire d'invoquer l'article 1131.

Quant à la question de preuve, qui avait été également soulevée lors de ce procès, il est bien certain que la preuve du but visé pouvait être faite par tous les moyens. Il n'est pas douteux, en effet, que la preuve d'une fraude à la loi peut être administrée par tous les moyens, y compris la preuve testimoniale et par présomption. Dans l'espèce, il n'était donc pas indispensable, pour la nullité de la donation, que l'acte de donation fît lui-même

ressortir le but poursuivi par les époux de maintenir la séparation amiable. Il est hors de doute, en doctrine et en jurisprudence que, la séparation de corps ne pouvant avoir lieu que pour des causes déterminées par la loi, toute convention ayant pour objet de produire entre les époux les mêmes effets que la séparation de corps, est nulle d'une nullité absolue. Il est également certain que la nullité de la convention réglant les conditions d'une séparation volontaire vicie indistinctement toutes les clauses de cette convention qui ont pour causes le maintien et le règlement de la séparation prohibée (1).

Mais cette nullité ne saurait s'étendre à des stipulations qui, quoique contenues dans la convention frappée de nullité, consacrent des droits dont le fondement réside dans un titre antérieur et valable, entièrement indépendant de la séparation illégalement convenue.

Supposons qu'un jugement de séparation de biens soit intervenu entre deux conjoints, puis que ceux-ci aient fait une convention de séparation de corps. La Cour de Pau, dans un arrêt du 20 juin 1894, a décidé qu'il y avait lieu de maintenir la clause de la convention qui réglait le montant des reprises de la femme, en exécution du jugement de séparation de biens et par laquelle le mari donnait à sa femme un immeuble en paiement de ses

(1) Notamment Cassation, 14 juin 1882. Dalloz, 83-1-248.

dites reprises, alors qu'il était constant que cette clause n'avait aucun rapport d'indivisibilité avec la séparation volontaire stipulée entre les époux (1).

(1) Pau, 20 juin 1894. Dalloz, 95-2-11.

CHAPITRE III

De l'obligation de secours entre époux séparés de fait.

La jurisprudence refuse toute validité aux conventions d'ordre pécuniaire que les époux passent au moment de leur séparation de fait; notamment elle considère comme nulle toute promesse de pension alimentaire (1). Cette solution est très logique. La nullité de la séparation volontaire entraîne celle de tous les actes qui l'accompagnent. Sanctionner une convention de pension alimentaire serait consacrer un état contraire à l'ordre public ou, tout au moins, en perpétuer la durée en assurant aux époux des moyens d'existence. Par conséquent, les époux seront libres de se refuser à l'exécution du pacte alimentaire et d'exiger la reprise de la vie commune.

(1) Grenoble, 11 mars 1851. S. 51-2-627.

Bordeaux, 31 mai 1854. D. 55-2-289.

Cassation, 14 juin 1882. D. 83-1-248.

Mais la situation est différente lorsque la séparation de fait provient du fait de l'un des époux. Alors il n'y a pas de pacte alimentaire accessoire à la convention de séparation.

Lorsque le mari a abandonné le domicile conjugal ou obligé la femme à le quitter par sa conduite ou ses mauvais traitements, l'épouse n'est pas contrainte par la loi à demander la séparation de corps ou le divorce. Elle a le droit de réclamer une pension alimentaire (1). Ce droit lui appartient alors même que le mari se déclarerait prêt à la recevoir au domicile commun, s'il ne lui offre pas d'ailleurs un logement convenable en rapport avec leur situation sociale, ou s'il lui rend le séjour intolérable (2), l'épouse pourra obtenir une pension alimentaire proportionnée à ses besoins et à la fortune du mari.

Mais il peut se faire que la séparation soit due à la femme qui a quitté le domicile conjugal sans raison légitime ou même a été la cause du départ de son mari en lui rendant la vie intolérable. La femme ne sera-t-elle pas malvenue dans ce cas à réclamer des aliments ? La Cour de Paris a jugé

(1) Besançon, 15 juillet 1874. S. 75-2-9.
Cassation, 28 décembre 1830. S. 31-1-11.
Paris, 24 mai 1897. *Gaz. Trib.*, 14-15 juin 1899
Paris, 20 mai 1898. *Le Droit*, 12 juin 1898.

(2) Cassation, 2 janvier 1877. S. 77-1-257.
Trib. Seine, 13 janvier 1882. *Gaz. Pal.*, 82-1-269.
Pau, 8 mai 1890. S. 91-2-8.

en ce sens que l'épouse qui a volontairement quitté le domicile conjugal pour se livrer à l'inconduite, n'a pas le droit de demander une pension alimentaire à son mari alors même que celui-ci refuserait de la recevoir (1).

Dans le même ordre d'idées, la Cour de Bordeaux a estimé que la cohabitation ayant cessé d'être possible par la faute de la femme, le mari pouvait abandonner le domicile conjugal et obtenir ensuite des aliments (2). Si le principe est admis pour la femme, il doit l'être aussi pour le mari. Citons encore un arrêt de la Cour de Dijon du 21 janvier 1891, aux termes duquel l'obligation du mari de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état, et l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari sont corrélatives; en conséquence, la femme qui a abandonné le domicile conjugal ne peut réclamer à son mari une pension alimentaire alors même que le mari laisserait se continuer cette séparation de fait et n'offrirait pas à sa femme de la recevoir (3).

En cette matière, nous croyons qu'il faut distinguer d'une part l'obligation pour le mari de fournir à sa femme un traitement convenable, selon son état et ses facultés (art. 214), et d'autre part l'obli-

(1) Paris, 29 août 1857. D. 58-2-27.

(2) Bordeaux, 3 février 1853. D. 54-2-19

(3) Dijon, 21 janvier 1891. D. 91-2-349.

gation de servir une pension alimentaire qui dérive du droit de secours établi par l'article 212.

Faisant cette distinction, M. Planiol (1) s'exprime de la manière suivante : « L'obligation de fournir
« à la femme un traitement convenable est une
« obligation unilatérale, propre au mari. Elle pa-
« raît bien être corrélatrice à l'obligation, également
« unilatérale, imposée à la femme par le même
« article d'habiter avec son mari et de le suivre
« partout où il jugera à propos de résider. L'une
« de ces obligations est la condition de l'autre, et
« ici il est strictement possible de traiter les époux
« comme deux parties liées par un contrat synal-
« lagmatique. Mais l'obligation élémentaire, qui
« résulte de l'article 212, est toute différente; elle
« est réciproque, et elle doit se borner, comme
« toute obligation de ce genre, aux choses indis-
« pensables. Les deux obligations sont si bien dis-
« tinctes que l'obligation du mari de traiter sa
« femme selon son état disparaît, en cas de sépara-
« tion de corps, en même temps que l'obligation
« de cohabitation, qui en est la contre-partie, tan-
« dis que l'obligation alimentaire survit à la sépa-
« ration... »

Cette distinction est absolument fondée. Les conséquences en apparaissent immédiatement. L'obligation de l'article 214 étant corrélatrice à celle qu'a la femme d'habiter avec son mari, ce dernier ne

(1) Note sous l'arrêt de Dijon précité.

sera nullement obligé d'entretenir, suivant ses facultés et son état, la femme par la faute de laquelle la séparation de fait se sera produite. Mais il en est autrement de l'obligation alimentaire écrite dans l'article 212. Le devoir de secours est un corollaire du mariage et il subsiste aussi longtemps que le mariage lui-même. Décider que ce devoir alimentaire, limité du reste aux choses indispensables, survit à la séparation de fait, c'est non pas reconnaître à cet état immoral quelque valeur juridique, mais, au contraire, le déclarer sans efficacité et reconnaître la persistance du mariage avec toutes les conséquences qu'il comporte.

« La nullité des séparations amiables, dit encore
« très bien M. Planiol (1), signifie simplement que
« celui des deux époux qui se repentirait le pre-
« mier d'avoir rompu la vie commune pourra, à
« toute époque, demander à la reprendre, sans
« qu'on puisse lui opposer l'engagement pris par
« lui de vivre séparé de son conjoint. Cet engage-
« ment est sans valeur. Mais on irait contre le but
« même qu'on se propose, si on considérait les
« deux époux comme déliés de tous leurs devoirs,
« tant que dure cet état de séparation de fait. Ils
« restent époux malgré leurs conventions contrai-
« res, et leurs obligations subsistent, en particulier
« le devoir de se secourir mutuellement. D'ailleurs,
« à qui s'adresserait le conjoint dans la détresse

(1) *Loc. cit.*, sous l'arrêt précité de Dijon.

« pour obtenir des aliments? A ses parents? Mais
« ceux-ci, de l'aveu de tout le monde, ne sont tenus
« envers lui qu'à défaut du conjoint et au cas où
« ce conjoint serait hors d'état de subvenir aux
« besoins du réclamant. »

Sans doute le refus d'aliments peut être, pour un époux, le moyen d'obtenir le rétablissement de la vie commune rompue contre son gré. Mais, quand les deux époux sont d'accord pour ne pas vouloir reprendre cette vie commune, rien ne pourrait motiver, juridiquement et équitablement, l'exemption de l'obligation de secours. Le conjoint fortuné est dispensé de fournir à l'autre le superflu, mais il lui doit toujours le nécessaire, précisément parce que le lien matrimonial subsiste.

CHAPITRE IV

La séparation de fait et l'incapacité de la femme mariée.

Lorsque les époux vivaient ensemble et sous le régime de la communauté, c'est le mari qui jouait le rôle capital dans les contrats; c'est lui qui était directement engagé, soit qu'il ait traité lui-même, soit que les contrats aient été passés par la femme, considérée comme investie d'un mandat tacite du mari à l'effet de le représenter dans tous les actes nécessaires à l'entretien du ménage. Si, au contraire, l'épouse agissait dans son intérêt personnel, dans la mesure où le régime matrimonial le lui permettait, elle devait être munie de l'autorisation maritale; les actes qu'elle aurait accomplis sans cette autorisation eussent été atteints d'une nullité relative qui pouvait être invoquée à la fois par la femme et par le mari.

L'incapacité de la femme mariée subsiste dans la séparation de fait, puisqu'elle découle du mariage et que le mariage continue. Mais la difficulté est d'adapter les principes du droit et les règles du

Code civil, en matière d'incapacité, à la situation de deux époux qui ont cessé la vie commune.

Les tiers sont grandement intéressés à cette question, car ils risquent de voir annuler tous les contrats que la femme aura passés avec eux sans autorisation. D'autre part, il paraît bien absurde de contraindre l'épouse à recourir, pour le moindre acte qu'elle a besoin d'accomplir, à l'autorisation d'un mari qui se désintéresse de son sort, avec lequel elle est, par hypothèse même, en mauvais termes.

Cependant, il ne peut être question de reconnaître à l'épouse un pouvoir propre de contracter. Il y aurait là une sorte de consécration implicite de l'état illégal de séparation de fait.

Le législateur a pourvu, dans une certaine mesure, aux nécessités pratiques et réglementé l'activité juridique de la femme mariée dans certaines hypothèses de séparation de fait fortuite.

Nous voulons parler de l'éloignement des époux par suite de la guerre.

Lors de la guerre de 1870, dans les cas d'urgence reconnue par la justice, le décret des 14 décembre 1870 et 20 janvier 1871, en cas d'impossibilité dûment constatée d'obtenir l'autorisation maritale par suite de la guerre, permettait à la femme de se pourvoir de l'autorisation de justice dans les termes de l'article 863 Code procédure civile; de plus, si la femme était éloignée de son domicile, sans communication possible, elle pouvait s'adresser au Président du Tribunal du lieu de sa résidence.

Or, dans la guerre qui vient de prendre fin et aussi longtemps que la démobilisation n'a pas été achevée, la femme a pu être dans l'impossibilité d'obtenir l'autorisation de son époux. Dans d'autres cas, la nécessité de provoquer cette autorisation et les retards imposés par cette formalité eussent entraîné les plus sérieux inconvénients. Aussi le Gouvernement a-t-il estimé qu'il convenait d'instituer, pour la durée des hostilités, une procédure simplifiée et rapide, permettant aux femmes mariées de se pourvoir de l'autorisation de justice lorsqu'elles auraient été empêchées d'obtenir celle de leur mari mobilisé.

La loi récente s'est inspirée du précédent de la guerre de 1870 et elle a reproduit, du moins dans son but et dans son esprit, les dispositions du décret du 14 décembre 1870.

Aux termes de la loi du 3 juillet 1915, modifiant pendant la durée de la guerre les dispositions légales relatives à l'autorisation des femmes mariées en justice et à l'exercice de la puissance paternelle, les mesures suivantes ont été prises.

La femme mariée se trouvant dans l'impossibilité dûment constatée d'obtenir l'autorisation maritale par suite de la guerre se pourvoira de l'autorisation de justice, conformément à l'article 863 Code procédure civile (article premier).

La mère exercera provisoirement la puissance paternelle à défaut du père empêché par la cause ci-dessus énoncée (article 2).

La présente loi n'est d'ailleurs déclarée appli-

cable que dans les cas d'urgence reconnus par la justice (article 3).

Mais tout autre est la séparation de fait résultant d'un accord des époux ou de l'abandon volontaire et fautif de l'un d'eux par l'autre.

Le législateur a gardé le silence sur ce point, et il ne peut évidemment s'agir d'étendre à cette situation les dispositions de la loi de 1915, édictées en vue et pour la durée des hostilités.

Sans doute, la femme tient du Code civil le droit de s'adresser à la justice, à fin d'autorisation. Mais l'autorisation de justice est supplétive et ne peut, en cas de cessation volontaire de la vie commune, être donnée que s'il y a refus par le mari d'autoriser. D'où des lenteurs et des complications.

Comment donc régler l'activité juridique de la femme au cours de la séparation de fait ? Comment la jurisprudence a-t-elle essayé d'adapter les règles générales aux nécessités résultant de cette situation ? Il y a lieu de grouper les actes possibles de la femme en quatre catégories.

1° Les actes que, de droit commun, elle peut accomplir sans autorisation ;

2° Les actes d'entretien ou ménagers ;

3° Les actes dépassant, par leur importance, la sphère de l'entretien et du ménage ;

4° L'exercice d'une profession.

Demandons-nous quelle va être la répercussion de la séparation de fait sur la capacité de l'épouse, relativement à chacune de ces catégories d'actes.

SECTION PREMIERE

ACTES PERMIS A LA FEMME SANS AUTORISATION

Séparée de fait, la femme va pouvoir, comme auparavant, accomplir les actes essentiellement personnels : tels que la reconnaissance d'un enfant naturel, la confection d'un testament, la défense en justice criminelle ou correctionnelle et, avec l'autorisation judiciaire, l'action en divorce, en séparation de corps ou en séparation de biens.

Les actes conservatoires, c'est-à-dire ceux ayant pour unique objet la conservation des biens ou des droits, lui demeureront également permis. Elle pourra faire des transcriptions, des inscriptions hypothécaires, des actes interruptifs de la prescription, des inventaires, des protêts, des saisies-arrêts, des réparations urgentes.

La femme séparée de fait conservera aussi la demi-capacité qui peut résulter de son contrat de mariage : séparation de biens contractuelle, régime dotal; le bénéfice antérieurement acquis d'une séparation de biens judiciaire continuera à lui profiter.

Si la femme séparée de fait a été autrefois autorisée à faire le commerce, elle pourra continuer à passer, sans nouvelle autorisation, tous les actes se rattachant à ce commerce. Mais le mariage subsistant avec toutes ses conséquences, la femme

commerçante sera toujours soumise à l'aléa d'une révocation de l'autorisation maritale.

Enfin, il va sans dire que la femme demeurera obligée par ses délits ou ses quasi délits.

Il ne peut y avoir de difficultés qu'en ce qui concerne deux catégories d'actes : le placement et le retrait dans les caisses d'épargne, la libre disposition des salaires dans les termes de la loi du 13 juillet 1907.

On sait d'abord que la loi du 9 avril 1881 a permis à la femme de placer, sans autorisation, ses économies à la Caisse d'Epargne et de retirer les sommes inscrites au livret, sous la seule réserve du droit pour le mari de faire opposition au retrait des fonds.

Afin de ne pas déroger au principe de l'incapacité de la femme mariée, le rapporteur au Sénat de la loi de 1881, M. Le Bastard, a déclaré que la femme, en ouvrant un compte à la Caisse d'Epargne, agissait en vertu d'un mandat tacite. L'existence d'un tel mandat peut se soutenir durant la vie commune. Mais elle devient complètement inadmissible lors d'une séparation de fait. Comment donc expliquer le droit de la femme séparée de fait en cette matière ? Il n'y a qu'un moyen de lui maintenir la faculté de placement et de retrait : c'est de lui reconnaître un droit propre à elle conféré par le législateur. Or, il est très possible d'admettre que la loi de 1881, en ne permettant au mari d'intervenir que s'il a de justes motifs, a entendu concéder à l'épouse un véritable droit propre, placé

sous le contrôle du mari. Ce dernier, à la vérité, ne ressemble pas à un propriétaire ayant donné mandat, il a uniquement le droit de s'opposer au retrait des fonds; dès lors, n'est-il pas plutôt un simple créancier appelé, le cas échéant, à former une opposition en règle ? Le texte de la loi de 1881 n'aurait qu'une portée illusoire s'il n'avait pas dispensé la femme d'une autorisation qui eût été sans cela nécessaire. Jouissant d'un droit propre durant la vie commune, la femme séparée de fait continuera donc à l'exercer et à opérer, comme par le passé, ses maniements de fonds à la Caisse d'Epargne. C'est même à ce moment là qu'elle en aura le plus pressant besoin.

Dans le même ordre d'idées se place la controverse relative à l'application de la loi de 1907 dans l'hypothèse d'une séparation de fait. C'est encore un droit propre, en effet, que cette loi est venue accorder à la femme mariée.

La loi du 13 juillet 1907, « relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage » s'applique, quel que soit le régime matrimonial des époux et notwithstanding toutes clauses dérogatoires qui pourraient être insérées dans le contrat de mariage. En outre, la femme ne peut se prévaloir de la loi de 1907 qu'à la condition d'exercer une profession distincte de celle de son mari et qu'en ce qui concerne les gains résultant de son travail ou les économies en provenant.

Aucun article de la loi en question n'exige que la

femme vive en commun avec son mari. Mais faut-il considérer cette communauté d'existence comme une condition contenue implicitement dans les textes ou sous-entendue par eux ? La loi de 1907 présente un double objet qui est indiqué par son intitulé même : les droits de la femme sur son salaire, la contribution des époux aux charges du ménage.

Si l'on s'attache au premier de ces objets, il nous paraît évident que le droit de la femme sur ses salaires et économies est indépendant du point de savoir si elle vit ou non avec son mari. « On ne voit pas, dit très bien M. Lalou (1), la raison pour laquelle la femme aurait tous les droits sur son salaire quand elle vit en commun avec son mari, c'est-à-dire, en bonne intelligence avec lui, et alors qu'elle n'a pas à craindre qu'il détourne ses gains de leur destination qui est de subvenir aux charges du ménage et pourquoi, au contraire, elle perdrait tous ces droits quand elle vit séparée de son mari, c'est-à-dire dans une situation où son salaire lui sera indispensable et où elle devra craindre que, par esprit de vexation ou de haine, le mari l'appréhende ».

La loi de 1907 ne déclare la femme déchue de ses droits sur son salaire que dans deux cas : en premier lieu, quand elle en abuse et que le mari fait prononcer cette déchéance dans les termes de l'ar-

(1) LALOU. Note au Dalloz, 1909-2-17.

ticle 2; en second lieu, quand elle gagne son salaire par un travail accompli avec son mari (article 1^{er} *in fine*). De là on peut conclure, avec M. Lalou, que non seulement la séparation de fait n'est pas à elle seule pour la femme une cause de privation de droits que lui confère la loi de 1907, mais même que cette séparation de fait du mari, au moins quant à l'exercice du travail, lui est une condition *sine qua non* pour bénéficier de ces mêmes droits.

Voyons s'il convient d'admettre la même solution relativement au second objet de la loi de 1907. Dans le but d'assurer la contribution aux charges du ménage, la loi permet à chaque époux de saisir-arrêter les salaires de son conjoint. Cette procédure est-elle possible en cas de séparation de fait ?

Un jugement du Tribunal civil de Boulogne-sur-Mer, du 5 mars 1908, avait décidé que la loi de 1907 n'était pas édictée en vue de la situation d'époux qui ont cessé de vivre en commun (1). « Attendu, disait ce jugement, que la loi, en imposant à chaque époux de contribuer aux charges du ménage, a donné à l'expression ménage, le sens usuel que lui donne, d'ailleurs, l'article 1537 du Code civil, d'une famille groupée sous le même toit, dont chacun des membres est l'occasion de dépenses qui sont à prélever sur un fonds commun et constituent les charges qui le grèvent; attendu qu'il suit de là que deux époux qui vi-

(1) Dalloz, 1909-2-17, avec la note de M. Lalou.

« vent séparés de fait, se sont constitués, chacun
« de son côté, une existence indépendante dans
« une habitation distincte, n'ont plus, par suite,
« de charges communes, ne peuvent être tenus pour
« vivant en ménage... » (1).

Cette décision contient une erreur matérielle, car l'article 1537 qu'elle vise ne parle pas de charges du mariage. Mais est-ce que, en employant l'expression « contribution aux charges du ménage », au lieu de l'expression « contribution aux charges du mariage », le législateur a entendu, par cette nuance, manifester l'intention de n'instituer de règles particulières de contribution des époux qu'en cas de ménage, c'est-à-dire de vie en commun, et non pas dans tous les cas où il y aurait mariage ?

Si cette objection était fondée, elle fortifierait la thèse du Tribunal de Boulogne. Mais elle est dissipée par les travaux préparatoires de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907. Non seulement le droit de saisie-arrêt est donné à chaque époux sur les salaires de son conjoint par l'article 7 sans autre condition que l'abstention de contribuer spontanément aux charges du ménage, mais même, dans le projet primitif, l'exercice de ce droit ne devait appartenir à la femme que si elle était abandonnée de son mari. En dehors de cette hypothèse, la proposition Jourdan, origine de la loi nouvelle, ne

(1) Ce jugement a été cassé par la Cour suprême, le 1^{er} février 1909. D. 1909-1-85.

l'admettrait pas. En outre, ce même droit de saisie-arrêt ne pouvait appartenir au mari sur les salaires de sa femme qu'en cas d'existence d'enfants. C'est seulement en 1907, lors de la discussion de la loi devant le Sénat, qu'on étendit le droit de saisie-arrêt de la femme non seulement en cas d'abandon, mais à tous les cas où le mari met en péril les intérêts du ménage, et qu'on ne subordonne plus le droit de saisie-arrêt du mari à l'existence d'enfants (1).

La pensée du législateur ressort lumineusement de cet exposé. La séparation de fait conduit si peu à écarter l'application de l'article 7 de la loi de 1907 que c'est principalement en vue de cette séparation que le texte en question a été écrit. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le juge de paix, saisi d'une demande d'autorisation à fin de saisie-arrêt pourra écarter cette demande si elle émane de l'époux par la faute duquel la séparation de fait s'est produite. Mais cette séparation n'est pas une cause d'irrecevabilité de la demande (2).

En définitive, soit qu'on se place en présence

(1) Voir Adolphe PICHON. « *Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage*, » dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1908, pp. 427 et suiv. Voir aussi Lalou, note précitée.

(2) Voir encore, dans le même sens : LE COURTOIS et SURVILLE. *La loi du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée et la contribution aux charges du ménage*, n° 21.

du premier objet de la loi de 1907, soit qu'on envisage le second, il est certain que l'application de cette loi ne se trouve nullement subordonnée à la condition que les époux vivent en commun.

Aussi bien la Cour de cassation, dans son arrêt du 1^{er} février 1909, a-t-elle décidé qu'il n'y a pas lieu de distinguer si les époux vivent ensemble ou sont séparés de fait (1). La loi de 1907 s'applique donc à toutes les femmes mariées, quelle que soit leur situation de fait vis-à-vis de leur mari.

SECTION II

ACTES D'ENTRETIEN OU MÉNAGERS

Après la séparation de fait, la femme désormais seule, doit pourvoir aux nécessités de son existence. Elle doit passer constamment des actes avec les tiers : achats de vivres, de vêtements, marchés de travaux pour réparations, louages de serviteurs et d'ouvriers. Elle est appelée aussi à conclure des contrats de simple administration : baux, locations d'appartements. Ces actes lui sont imposés par les conditions nouvelles de sa vie. Et la détermination de sa situation juridique est bien singulièrement embarrassante.

(1) Cassation, Chambre civile, 1^{er} février 1909, D. 1909-1-85.

D'une part, on ne peut appliquer strictement les dispositions du Code civil, aux termes desquelles la femme, restant incapable, a besoin de l'autorisation du mari ou de l'autorisation supplétive de justice. Ce serait condamner l'épouse à mourir de faim, parce que le mari étant trop loin et l'autorisation judiciaire ne pouvant intervenir sans cesse dans l'existence quotidienne de la femme, celle-ci ne serait jamais à même d'accomplir aucun acte valable.

D'autre part, comme il faut contracter pour vivre, la nécessité, l'équité, l'intérêt social, semblent bien commander de reconnaître à la femme une certaine indépendance. Mais cette idée ne peut être poussée jusqu'à la reconnaissance d'un pouvoir propre de la femme; un tel pouvoir ne saurait être concédé que par le législateur.

En pure logique, on se trouve pris dans un dilemme. Les actes de la femme devraient être annulés puisqu'ils ont été accomplis sans autorisation; ils ne devraient produire aucun effet vis-à-vis du mari qui ne les a pas autorisés. La femme, aussi bien que le mari, auraient donc le droit d'en demander la nullité.

Quant aux tiers, ils n'auraient aucun recours contre le mari. De telles conséquences sont inadmissibles. Si rigoureuses qu'elles soient, elles se justifieraient peut-être pour le cas où une femme aurait déserté sans raison valable le domicile conjugal; elles apparaîtraient comme susceptibles d'amener les époux à régulariser leur situation, soit par le

divorce ou la séparation de corps, soit par la reprise de la vie commune. Mais les conséquences dont il s'agit seraient souverainement iniques et tout à fait inefficaces à l'égard d'une femme abandonnée par son mari.

La plupart du temps, les tribunaux se sont trouvés en présence du fait accompli. Pour permettre à la femme de vivre, ils ont dû lui reconnaître une certaine capacité restreinte. En décidant ainsi, ils n'ont donc pas été suspects de sanctionner, même indirectement, un état aussi irrégulier que la séparation de fait. Jugeant en équité, et appréciant la diversité des circonstances, ils ont continué à considérer la femme comme chargée de pourvoir aux dépenses de la vie courante. La difficulté était de faire cadrer ces solutions, inspirées par les nécessités pratiques, avec les principes de droit, et sans jamais supposer la jouissance par la femme incapable d'un droit propre qui ne lui appartient pas. Dans leur ensemble, les solutions de la jurisprudence peuvent être précisées de la manière suivante (1).

Les tribunaux accordent aux tiers, qui ont traité avec la femme séparée de fait, un recours contre le mari quand celui-ci a abandonné sa femme ou

(1) LOUBERS. *De l'obligation du mari vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec la femme séparée de fait*, dans *Revue générale du Droit*, 1910, p. 9.

lui a refusé l'accès du domicile conjugal (1). Ils reconnaissent le même recours aux tiers lorsque, à la suite d'une convention de séparation, le mari a promis à la femme une pension qu'il ne lui paie pas ou la laisse sans ressource et l'abandonne à ses propres moyens; en ce cas encore l'obligation contractée par la femme est validée à l'égard du mari (2).

Mais la jurisprudence refuse toute action aux tiers contre le mari quand, au cas de séparation amiable, le mari paie à sa femme une pension annuelle (3), ou lorsque la femme a fui le domicile et refuse d'y rentrer malgré la demande du mari (4). Dans ce cas, elle considère que la femme est tenue dans la mesure ou elle a profité des fournitures qui lui ont été faites (5). Parfois elle la déclare même entièrement tenue (6). Enfin, elle

(1) Cassation, 6 août 1878. D. 79-1-409.

Cassation, 21 mars 1882. D. 82-1-362.

Bordeaux, 8 juin 1839. D. 39-2-211.

(2) Cassation, 13 février 1844. D. 44-1-575.

Trib. Seine, 2 juillet 1887 et Lyon, 29 juin 1888. *Moniteur judiciaire*. Lyon, 25 octobre 1887.

(3) Besançon, 25 juillet 1866. D. 66-2-149.

Paris, 11 mai 1874. D. 75-2-41.

(4) Cassation, 12 janvier 1874. D. 74-1-153.

Cassation, 11 décembre 1888. D. 90-1-340.

Paris, 7 mars 1890. D. 91-2-257.

(5) Cassation, 30 novembre 1868. D. 69-1-132.

Paris, 18 novembre 1890. *Pandectes* 91-2-143.

Paris, 26 mars 1890. D. 91-2-257, note de Loigne.

(6) Paris, 5 janvier 1904. D. 1905-2-249.

n'accorde de recours contre le mari que si l'engagement contracté par la femme n'était pas excessif eu égard à la fortune et à l'état du mari (1).

Ces solutions paraissent frappées au coin de l'équité. Mais sur quel appui juridique les baser ? Quelle idée générale permet d'expliquer l'attitude des tribunaux et la concession ou le refus par eux d'une action aux tiers contre le mari.

Quatre explications se rencontrent en doctrine et dans la jurisprudence elle-même : le mandat tacite, l'autorisation tacite, l'action oblique de l'article 1166, l'action d'enrichissement sans cause.

Mandat tacite.

Dans le but de valider l'obligation contractée par la femme et de donner un fondement au recours du tiers contre le mari, la plupart des auteurs et un certain nombre d'arrêts admettent la persistance du mandat tacite (2). Ce mandat survivrait à

(1) Cassation, 28 décembre 1830. D. 31-1-28.

Cassation, 13 février 1844. S. 44-1-662.

Bordeaux, 8 juin 1839. Dalloz, répertoire V° Contrat de mariage, n° 1011.

(2) MARCADÉ. T. V, sur l'art. 1420, n° 2.

AUBRY et RAU. T. V, § 509, p. 340.

GUILLOUARD. Contrat de mariage, t. II, n° 868.

Huc. Commentaires Code civil, t. IX, p. 154.

Cassation, 21 mars 1882. Dalloz, 82-1-362.

Lyon, 13 novembre 1895. *Gaz. Pal.*, 95-2-686.

Trib. Bordeaux, 27 décembre 1905. *Gaz. Trib.*, 15 février 1906.

la séparation de fait des époux. La cessation de la vie commune n'emporterait pas sa révocation tacite. Il en résulterait que la femme ne serait pas engagée personnellement et que le mari se trouverait seul tenu en sa qualité de mandant.

D'après ce système, le mari, s'il veut échapper aux poursuites des tiers, devrait révoquer expressément le mandat dont sa femme est censée avoir été investie. Comment s'y prendra-t-il ?

Il pourra faire insérer dans les journaux un avertissement aux termes duquel il déclarera qu'il refuse de payer les dettes désormais contractées par son épouse. Mais les fournisseurs pourront toujours prétendre qu'ils n'ont pas été touchés par cette note; ils sont présumés de bonne foi. Le mari ne serait donc complètement à couvert que s'il avertissait individuellement chacun des fournisseurs de la femme, par exploit d'huissier ou par lettre recommandée. Mais il sera pratiquement impossible d'adresser ainsi des notifications individuelles à tous les fournisseurs de la femme; car le mari ne connaîtra que les anciens fournisseurs de celle-ci et les nouveaux auxquels l'épouse s'adressera, invoqueront toujours la présomption de mandat et demeureront créanciers du mari.

En réalité, la conception d'une persistance du mandat tacite repose sur une inexactitude et sur une invraisemblance. En effet, lorsque la vie commune a cessé, le mari ne peut être raisonnablement supposé avoir chargé sa femme d'accomplir les actes nécessaires à l'entretien du ménage. Un

homme qui a abandonné sa femme, qui l'a laissée sans ressources et sans nouvelles, ou même qui s'est séparé d'elle à la suite d'une convention d'indépendance réciproque, ne peut être considéré comme continuant à donner à celle-ci le pouvoir d'agir en son nom et de le représenter. Au contraire, un tel état de choses manifeste jusqu'à l'évidence la volonté du mari de rompre tous rapports de fait et toutes relations juridiques avec sa femme. Comment, dès lors, admettre une explication qui repose sur la volonté présumée du mari ? Si le mari a promis à sa femme une pension alimentaire, s'il s'est engagé vis-à-vis d'elle à lui fournir des ressources suffisantes, il a clairement indiqué par là même son intention de se mettre à l'abri de toute réclamation des tiers qui auront fait crédit à la femme. Enfin, comment accepter que le mari soit considéré comme ayant donné à sa femme le mandat de consentir des obligations dont il ne doit aucunement profiter par suite de la rupture de la vie commune ?

Autorisation tacite.

C'est pourquoi certains auteurs et certains arrêts présentent la femme comme ayant agi en vertu d'une autorisation tacite du mari (1).

(1) Paris, 23 février 1849. D. 49-2-135.

Paris, 23 août 1851. D. 52-2-10.

Trib. com. Seine, 8 juillet 1903. D. 1905-2-252.

Voir note de M. BINET, sous Paris, arrêt du 5 janvier

L'argumentation est la suivante. Par le fait qu'il consent à la cessation de la vie commune, soit qu'il l'exige, soit qu'il la tolère, le mari autorise implicitement sa femme, d'une manière générale et par avance, à conclure seule tous les autres actes nécessaires à son entretien. Ainsi la femme n'est plus la mandataire du mari, mais elle s'oblige personnellement sans l'obliger lui-même : *qui auctor est non se obligat*.

Ce système est, au point de vue rationnel, moins choquant que le premier. Il paraît vraisemblable de supposer que le mari qui abandonna sa femme ou se sépara d'elle à l'amiable l'autorise tacitement à faire tous les actes utiles à son entretien et à celui des enfants communs, s'ils continuent à vivre avec elle.

Au surplus, ce système n'est pas sans offrir, dans certaines hypothèses, quelque utile appui. Qu'on songe d'abord aux actes intéressant la femme personnellement, tels que le louage de services ou qu'un engagement théâtral; durant la vie commune, ces actes autorisés par le mari, eussent engagé directement l'épouse. Il est ingénieux, en cas de séparation de fait, de recourir à la même idée d'autorisation tacite pour valider ces contrats, de telle sorte qu'ils engagent la femme seule.

Un arrêt de la Cour de Paris du 23 août 1851 a

décidé que l'engagement théâtral d'une femme vivant, au su de son mari, dans un état complet d'indépendance et avec les ressources qu'elle se procure, est censé avoir été tacitement autorisée par ce dernier (1).

La notion d'autorisation tacite offre aussi de l'intérêt lorsqu'il s'agit d'actes de quelque importance, tels que la location d'un appartement pour l'habitation particulière de la femme (2), ou l'accomplissement d'opérations de bourse (3).

Ces engagements, que la femme pouvait avoir besoin de contracter pour assurer sa subsistance, ne devaient pas être assumés par le mari; il fallait que la femme fut personnellement obligée; mais, d'autre part, comment la femme agissant seule, pouvait-elle être relevée de son incapacité? N'était-il pas juste de supposer que le mari approuvait implicitement toutes les opérations que celle-ci passait en son propre nom? Les tiers ne pouvaient que se féliciter de cette analyse juridique. N'ayant plus à se préoccuper de savoir quelles étaient les relations des époux, ils étaient certains d'atteindre directement la femme, leur cocontractante effective.

Malheureusement l'idée de l'autorisation tacite, en matière de séparation de fait, vient se heurter à deux objections insurmontables.

(1) Dalloz, 1852-2-10.

(2) Paris, 23 février 1849. D. 49-2-135.

(3) Paris, 5 janvier 1904. D. 1905-2-249.

En premier lieu, l'autorisation donnée par le mari à la femme doit être expresse en ce sens qu'elle doit résulter d'une manifestation précise de la volonté du mari. L'article 217 du Code civil n'admet que le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit.

« Attendu, dit la Cour de cassation (1), en droit, que la femme même non commune ou séparée de biens, ne peut donner ou aliéner sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit.

« Attendu que le concours du mari dans l'acte et son consentement par écrit sont formellement exigés par la loi et qu'il ne peut être suppléé à ces garanties par des équivalents tirés des circonstances qui ont précédé ou suivi l'engagement pris sur la femme..... »

Il est donc impossible d'assimiler au consentement par écrit du mari ou à son concours dans l'acte — seule forme d'autorisation tacite permise — le fait qu'il tolère une vie séparée de sa femme. Cette interprétation trop élastique est absolument condamnée par l'article 217.

En second lieu, l'autorisation maritale doit être spéciale et ne peut avoir d'effet que pour un acte déterminé (2). Les articles 223 et 1538 décident que l'autorisation, même si elle est donnée par avance,

(1) Cassation, 16 juillet 1871. D. 71-1-293.

Cassation, 20 janvier 1881. D. 81-1-354.

(2) Cassation, 16 mars 1898. D. 98-1-214.

doit rester spéciale. En aucun cas elle ne peut être générale. Dès lors, il ne saurait être sérieusement question de valider toute une catégorie d'actes accomplis par la femme durant la séparation de fait.

Le système de l'autorisation tacite ne se soutient pas plus que celui du mandat tacite, sur le terrain des textes.

Séparée de fait, la femme n'est certainement pas la mandataire de son mari; elle ne bénéficie pas davantage d'une autorisation tacite de ce dernier. Comment donc baser juridiquement le droit pour la femme de subvenir à son entretien et à celui de ses enfants habitant avec elle ? Comment assurer un recours effectif aux tiers qui ont fait des fournitures à l'épouse ? Il est évident que la femme ne peut solliciter une autorisation expresse et spéciale de son mari, éloigné d'elle, pour chacun des nombreux actes qu'elle est appelée à passer; elle ne peut pas davantage s'adresser chaque jour à la justice pour en obtenir de multiples autorisations.

Action oblique.

Aussi d'autres constructions juridiques ont-elles été élaborées en vue de permettre le recours des tiers contre le mari. Certaines décisions (1) ont cru

(1) Paris, 11 mai 1874. D. 75-2-413.

Besançon, 25 juillet 1866. D. 66-2-110,

devoir accorder aux fournisseurs de la femme, l'action oblique de l'article 1166. La femme est créancière du mari; les fournisseurs sont eux-mêmes créanciers de la femme; ils ont donc la faculté d'intenter les actions de cette dernière contre le mari. Mais dans quelles circonstances la femme sera-t-elle créancière du mari? Dans les hypothèses où celui-ci sera débiteur de la pension alimentaire. Il en résulte que la voie de l'article 1166 sera fermée aux tiers lorsque le mari sera libéré de son obligation de secours, c'est-à-dire la plupart du temps. De plus, la femme, incapable de contracter et non pourvue d'autorisation, ne pourra jamais être regardée comme débitrice des fournisseurs.

Enrichissement sans cause.

Faut-il donc renoncer à la solution du problème juridique que nous examinons? Nullement. Une explication se trouve souvent exprimée dans les décisions de jurisprudence et, en somme, elle les inspire toutes, d'une manière plus ou moins consciente; encore qu'on la voit apparaître plutôt comme une justification accessoire que comme un fondement essentiel et unique (1). C'est l'action

(1) LOUBERS. *De l'obligation du mari vis-à-vis des tiers qui ont contracté avec la femme séparée de fait*, dans *Revue générale du Droit*, 1910, pp. 14 et suiv.

fondée sur l'enrichissement sans cause (action de *in rem verso*).

Cette action ne doit pas être confondue avec l'action oblique dont il est parlé plus haut. Ces deux actions n'ont pas les mêmes résultats et ne sont pas soumises aux mêmes conditions. La jurisprudence impose certaines formalités de procédure aux créanciers qui veulent exercer l'action oblique. D'ailleurs les créanciers qui usent de cette dernière n'obtiennent aucun droit spécial sur la valeur qu'ils font rentrer dans le patrimoine de leur débiteur.

C'est dans un arrêt de la Cour de Rennes du 26 août 1820 que l'application de l'idée d'enrichissement sans cause est le plus nettement exprimé :

« Considérant qu'au mari, il appartient de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état, et de pourvoir en même temps à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation des enfants, obligation que lui impose la loi; que si le mari, en vivant éloigné de sa femme, ou pour toute autre cause, n'a pu ou n'a voulu remplir ces obligations, il est évident que les tierces personnes qui les ont acquittées pour lui ont agi dans son intérêt, et qu'en pourvoyant à des dépenses d'entretien dont, comme maître de la communauté, le mari était chargé, il est vrai de dire que ce qu'elles ont fourni à la femme et aux enfants a tourné au profit de cette même communauté (1) ».

(1) Rennes, 26 août 1820. Dalloz, répertoire V° Contrat de mariage, n° 1014.

La Cour de Poitiers, dans son arrêt du 23 octobre 1889 est également très nette à cet égard (1). Elle déclare que les dépenses nécessaires ou simplement utiles dont le ménage a tiré un profit personnel doivent rester à la charge du mari, les fournisseurs ayant de ce chef, suivant les circonstances, une action de gestion d'affaires ou l'action *de in rem verso*. Sans doute, il n'y a plus vraiment de ménage dans l'hypothèse d'une séparation de fait; mais, le mariage subsistant, le mari n'est pas exempté de ses obligations; or, les fournisseurs sont réputés gérer l'affaire du mari, non pas en vertu d'un quasi-contrat, mais parce que la dépense profite au mari qui aurait dû lui-même la faire.

D'autres décisions, sans se livrer à une argumentation aussi formelle, se bornent à constater l'obligation alimentaire qui demeure à la charge du mari, malgré la séparation de fait, et ils en déduisent directement le droit des tiers à l'encontre du mari (2).

L'action *de in rem verso*, basée sur ce principe

(1) Dalloz, 90-2-359.

(2) Paris, 25 février 1826. Dalloz, répertoire V° Contrat de mariage, n° 1014.

Req., 28 décembre 1830. Dalloz, *eodem*, n° 1011.

Bordeaux, 8 juin 1839. S. 39-2-416.

Cassation, 13 février 1844, S. 44-1-662.

Douai, 13 mai 1846. D. 1847-2-60.

Trib. Boulogne, sous Douai précité.

Paris, 11 mai 1874. D. 1875-2-41.

Trib. Charoles, 6 mars 1872, sous Cassat. D. 1874-1-153.

Cassation, 12 janvier 1874. D. 74-1-153.

d'équité, qui défend de s'enrichir sans cause au détriment d'autrui, répond aux besoins de la situation et constitue l'explication que nous cherchons. C'est, en réalité, dans cet enrichissement procuré au mari par le fait des tiers, qu'il convient de placer le fondement de leur recours.

Toutes les conséquences logiques de ce principe sont exactement celles qui ont été formulées par les arrêts (1).

Pour que l'action dont il s'agit puisse être exercée, il faut d'abord, qu'il y ait un véritable enrichissement. En outre, cette action n'est donnée que dans la mesure de cet enrichissement.

Or, ces deux points ont été appliqués par la jurisprudence, aux espèces de séparation de fait.

L'action n'est donnée aux tiers, que s'il y a enrichissement provoqué par eux, au profit du mari. Et il n'y a, on l'a vu, enrichissement qu'autant que l'intervention des tiers a eu pour effet, d'éteindre une dette dans le patrimoine du mari. C'est pourquoi, les tribunaux refusent toute action contre le mari, lorsque la femme a quitté spontanément le domicile conjugal, malgré les efforts du mari pour l'y faire rentrer. L'obligation du mari est en effet, solidaire de celle qui incombe à la femme d'habiter avec lui (art. 214). Si la séparation de fait provient de la faute de l'épouse, le mari n'est plus tenu de lui fournir des aliments et de subvenir à ses

(1) LOUBERS. *Loc. cit.*, p. 16.

besoins. Par suite, lorsque des tiers ont traité avec une femme qui a abandonné le domicile conjugal, ils n'ont pas d'action contre le mari, parce qu'ils n'ont pu éteindre une dette qui n'existait pas dans son patrimoine.

De même, les tribunaux refusent l'action aux tiers, quand le mari paie à sa femme une pension alimentaire. Dans ce cas, en effet, le mari n'a pas de dette, puisqu'il l'a déjà payée; aucun enrichissement sans cause n'a donc pu lui être procuré.

D'ailleurs, l'action n'est donnée que dans la mesure de l'enrichissement. Le tiers qui profite d'un enrichissement injustifié doit restituer, non pas la valeur dont l'autre partie s'est appauvrie, mais simplement le montant exact de l'enrichissement qu'il a recueilli. Or l'enrichissement du mari est égal à la dette qui existait dans son patrimoine vis-à-vis de la femme, c'est-à-dire ce qui était nécessaire à celle-ci, suivant les facultés et l'état du mari. Et c'est dans cette limite seulement que les tribunaux accordent un recours aux tiers contre le mari.

Les tiers ayant une action contre le mari n'en ont pas contre la femme, car ils ne peuvent récupérer deux fois un enrichissement qu'ils n'ont pu procurer qu'à une seule personne. Mais si le mari n'a pas bénéficié de cet enrichissement, parce qu'aucune dette ne lui incombait, c'est la femme qui l'a entièrement recueilli. Les tiers peuvent alors atteindre la femme dans la mesure seulement où elle se trouve enrichie. Sans doute, l'action *de in*

rem verso ne leur donne pas une complète satisfaction. Mais il ne peut en être autrement en présence du principe de l'incapacité de la femme mariée. Il est impossible de condamner le mari à payer toutes les dépenses de la femme, même au delà de ses ressources, et de s'attaquer, pour la totalité de ces ressources, à la femme elle-même qui demeure incapable.

SECTION III

ACTES EXCÉDANT LES LIMITES DE L'ENTRETIEN OU DU MÉNAGE

Dans cette catégorie doivent être comprises les conventions offrant une importance et une gravité incontestables, telles que le prêt, l'emprunt, le cautionnement, la transaction, et toutes les aliénations à titre gratuit ou onéreux. Il est hors de doute, que la femme mariée est incapable de s'obliger par ces contrats sans une autorisation. Si donc, ils ont été passés par la femme seule, ils seront frappés de nullité. Le mari et la femme, indépendamment l'un de l'autre, pourront s'adresser au tribunal pour en faire prononcer l'annulation. Les tiers n'auront vraiment pas le droit de se plaindre s'ils ont été de mauvaise foi ou simplement imprévoyants.

Néanmoins, la bonne foi des tiers doit être présumée. Cette présomption a d'autant plus de raison d'être que la femme, vivant séparée de son mari, peut passer pour veuve ou célibataire. Cette appa-

rence se fortifie si la femme se conduit comme une personne absolument libre de tout lien matrimonial.

Il pourra même arriver que la femme emploie des manœuvres dolosives pour induire le tiers en erreur sur sa véritable situation. En ce cas, les victimes de ses agissements établiront le dol et la feront condamner comme responsable de son délit. Mais il faut bien remarquer que, même en cette dernière hypothèse, le mari conservera le droit d'intenter l'action en nullité. Les tiers resteront donc, en définitive, les dupes de la femme.

La jurisprudence s'est ingéniée à assurer la protection des tiers de bonne foi. Ne pouvant sans doute déclarer valable l'acte accompli par la femme sans autorisation, elle est cependant parvenue à lui attribuer un certain effet, en privant le mari et la femme de l'exercice de leur action en nullité.

Tantôt les tribunaux ont fait jouer la théorie de l'abus du droit, tantôt ils ont fait appel à la notion du quasi-délit.

Supposons qu'une femme séparée de fait ait signé des effets de commerce sans autorisation. La femme ou le mari vont-ils pouvoir agir en nullité? Non, a répondu le Tribunal de commerce de la Seine, le 28 octobre 1904 : « C'est par un étrange abus de l'exercice de la puissance maritale que des époux voudraient bénéficier de la protection accordée par la loi à la femme mariée, alors que dans leur vie les époux méconnaissent constamment les

droits et les devoirs qu'engendre cette puissance maritale..... » (1).

La Cour de Paris a statué dans le même sens, le 5 janvier 1904, en rejetant l'action en nullité formée par un mari contre des opérations de bourse faites par sa femme sans autorisation (2). La Cour a estimé qu'en agissant en qualité de chef de l'association conjugale et de maître des droits et actions de son épouse, ce mari avait abusé étrangement de l'obligation de protéger sa femme « en voulant y
« puiser un droit dont l'exercice tardif aurait pour
« résultat d'enrichir l'association conjugale, sus-
« pendue par une séparation de fait remontant à
« dix années ».

Cependant, l'application de la théorie de l'abus du droit à notre matière n'est pas acceptée par tout le monde. C'est ainsi que M. Hémar (3) se demande comment on peut qualifier d'abusif l'exercice par le mari de l'action en nullité. « Ceux qui
« caractérisent l'abus du droit par l'intention de
« nuire ne peuvent pas considérer comme abusive,
« dit-il, une action qui procure un avantage à la
« communauté. Et ceux qui voient l'abus dans
« l'exercice anormal d'un droit ne peuvent pas
« qualifier d'abusif l'exercice par le mari de l'ac-
« tion en nullité, car, au point de vue objectif, il
« n'y a rien que de normal dans la demande en
« nullité intentée par le mari. »

(1) *Le Droit*, 1^{er} janvier 1905.

(2) *Le Droit*, 10 avril 1904.

(3) HÉMAR. Note Sirey, 1907-1-145.

Il est bien difficile, en effet, de rejeter purement et simplement l'action en nullité du mari. L'acte étant légalement nul pour défaut d'autorisation, les tiers n'ont aucun moyen légal d'empêcher la nullité. Ils peuvent seulement, s'ils ont subi un préjudice, réclamer une indemnité. L'idée d'abus du droit était, entre les mains des tiers, une ressource suffisante.

Aussi la Cour de cassation, sur le pourvoi formé contre l'arrêt précité de la Cour de Paris, fit intervenir une nouvelle conception. La Cour d'appel avait refusé l'action au mari parce qu'elle voyait dans sa conduite un abus du droit. La Cour suprême jugea que le mari avait commis envers les tiers, en se désintéressant de son épouse, un quasi-délit le rendant non recevable à demander la nullité des actes accomplis (1).

La conception nouvelle ne présentait pas seulement un caractère théorique différent. Elle offrait un avantage pratique qui était de faire également échec au droit de la femme de demander la nullité. L'épouse n'est-elle pas ici la principale coupable et n'est-ce pas elle, en somme, qui, en passant sans autorisation des actes importants, a commis le quasi-délit ? Le mari n'est dès lors qu'un complice de ce quasi-délit. Dans ce système, l'action de la femme se trouve, aussi bien que celle du mari, paralysée.

(1) Cassation, 8 novembre 1905. *Gaz. du Palais*, 27 décembre 1905.

Toutefois, il reste à savoir dans quels cas il y aura quasi-délit de l'épouse, dans quel cas on pourra considérer le mari comme complice ?

En ce qui concerne la femme, elle a pu tromper les tiers sur sa capacité, prendre la fausse qualité de fille ou de veuve. Cette déclaration mensongère ne suffit pas à la rendre responsable d'un quasi-délit. Aux termes de l'article 1307 du Code civil, « la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution ». Or, ce texte est l'expression d'un principe général applicable à tous les incapables, et particulièrement à la femme mariée séparée de fait qui se fait passer pour veuve ou célibataire. C'est ainsi que les quasi-délits de la femme dotale n'engagent ses biens dotaux qu'autant qu'elle a été de mauvaise foi (1) et qu'une simple affirmation mensongère n'est pas constitutive de mauvaise foi.

Mais la situation est différente lorsque la femme a pratiqué des manœuvres frauduleuses pour induire les tiers en erreur. Le dol élève alors contre elle une fin de non-recevoir et vient paralyser entre ses mains l'action en nullité basée sur le défaut d'autorisation. La plupart des arrêts se sont ralliés à cette manière de voir (2).

(1) Cassation, 6 avril 1898. D. 98-1-305.

(2) Trib. Seine, 8 juin 1886, sous Paris, 14 novembre 1887. D. 88-2-225.

Paris, 30 décembre 1896. D. 97-2-310.

Trib. com. Seine, 8 juillet 1903. D. 1905-2-252.

Cassation, 3 juin 1902. D. 1902-1-452.

Recherchons maintenant les cas dans lesquels le mari pourra être regardé comme coupable, par complicité d'un quasi-délit. Il y a là une question de fait soumise à l'appréciation des tribunaux. Mais, d'une manière générale, on peut admettre qu'en se désintéressant longtemps de ce que fait sa femme, le mari contribue à induire les tiers en erreur sur la capacité de celle-ci; par là même, il facilite les manœuvres frauduleuses qu'elle a pratiquées et il est réputé s'y être associé. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans l'arrêt du 8 novembre 1905 rapporté plus haut.

Il va sans dire que le mari serait incontestablement en faute, s'il avait participé activement aux agissements de sa femme.

La doctrine de la Cour de cassation nous semble juste et heureuse. Si l'on appliquait la théorie de l'abus du droit, l'action du mari s'éteindrait par une cause propre, mais celle de la femme pourrait lui survivre; en outre, la responsabilité du mari ne serait pas engagée, il perdrait seulement le droit d'agir en nullité et il ne pourrait pas plus profiter que souffrir des actes conclus par sa femme. Au contraire, avec le système de la Cour suprême, un quasi-délit n'étant imputé au mari que parce qu'il s'est associé aux manœuvres frauduleuses de sa femme à l'égard des tiers, son action en nullité disparaîtra en même temps que celle de la femme. Une certaine dépendance est établie entre ces deux actions. Puis le mari qui ne peut pas tirer profit des actes conclus par sa femme séparée en dehors du

cadre des actes nécessaires à ses besoins, pourra avoir à en souffrir. Si la femme n'a pas employé de manœuvres frauduleuses pour contracter, elle aura l'exercice de l'action en nullité, et son mari aussi. Mais si elle a agi frauduleusement, et s'est engagée délictuellement, le mari, non seulement n'a pas le droit d'agir en nullité, mais se trouve obligé, en même temps que la communauté, par son propre délit (1). Cette responsabilité du mari aura pour effet probable d'enrayer les séparations de fait et d'amener le mari à demander la séparation de corps ou le divorce, c'est-à-dire à régulariser sa situation et celle de sa femme.

SECTION IV

EXERCICE D'UNE PROFESSION

La femme séparée de fait peut-elle exercer une profession ou entreprendre un commerce ? La réponse est relativement facile si l'épouse, antérieurement à la séparation de fait était déjà commerçante ou exerçait une profession. Elle continuera à bénéficier de l'autorisation précédemment consentie, sous la menace d'une révocation qui est toujours possible, puisque le ménage subsiste.

Mais que décider si la femme, sans aucune pro-

(1) Voir la note de M. Hémaré au Sirey, 1917-1-145.

fession, tant que la vie commune a duré, veut en embrasser une au cours de la séparation de fait ? Comment vont jouer ici les règles du droit commun ?

Profession.

Il est hors de doute que la femme ne peut exercer une profession sans l'assentiment de son mari. Mais, de même que la femme séparée de fait doit passer des contrats pour son entretien, de même il peut lui être indispensable de louer ses services pour se procurer des ressources. Elle va donc traiter avec des tiers, s'embaucher. Cet acte est-il annulable ?

Les tribunaux ont répondu négativement. La Cour de Rouen a jugé que « l'abandon du mari « contient nécessairement pour la femme l'autorisation tacite d'assurer son existence et celle des « enfants qu'il met à sa charge, le louage de services étant dans ces conditions, non seulement « un devoir impérieux, mais la conséquence indispensable de son abandon et de la liberté qu'elle « a reconquise » (1).

La Cour de cassation (2) a confirmé cette jurisprudence. Ainsi la femme abandonnée a le droit de s'engager comme actrice, de s'embaucher comme

(1) Rouen, 4 février 1878. D. 78-2-258.

(2) Cassation, 6 août 1878. D. 79-1-400.

ouvrière ou employée. Le contrat de travail librement conclu par la femme séparée de fait est maintenu, malgré la dénonciation du mari, et la femme elle-même ne pourrait, en se basant sur ce défaut d'autorisation, demander la nullité d'un engagement théâtral contracté avec un entrepreneur de spectacles. Car, dit la Cour de Paris (1), « la nécessité de l'autorisation maritale ne saurait protéger que la femme de bonne foi et non celle qui abuse de la bonne foi des tiers ».

Le refus de l'action en nullité paraît très équitable dans de semblables espèces. Mais il n'est pas exact de dire que l'abandon du mari contient nécessairement pour la femme l'autorisation tacite d'assurer son existence. Nous avons précédemment critiqué l'idée d'autorisation en matière de séparation de fait. Contentons-nous de rappeler que la seule autorisation tacite admise par la loi est celle qui résulte du concours du mari dans l'acte.

La femme ne pourrait-elle donc pas se faire autoriser par justice à l'exercice d'une profession ? La question est controversée. Quant à nous, elle semble devoir être résolue par l'affirmative, surtout dans l'hypothèse d'une séparation de fait. Le mot acte, employé par l'article 219, doit s'entendre aussi bien de l'exercice d'une profession que de tout autre contrat. « Il n'y a aucun pouvoir partiel », disait Portalis, qui ne soit soumis à la

(1) Paris, 23 août 1851. D. 52-2-10.

« puissance publique, et le magistrat peut inter-
« venir pour réprimer les refus injustes du mari et
« pour rétablir toutes choses dans leur état légi-
« time » (1).

Toutefois, l'autorisation de justice ne pourra être donnée qu'en pleine connaissance de cause. Les juges devront être prudents et s'entourer de tous les éléments d'appréciation avant de se prononcer contre la volonté du mari. Il est vrai que les objections qu'il peut élever contre l'exercice par sa femme d'une profession seront souvent suspectes en période de séparation de fait, mais il n'est pas invraisemblable qu'elles contiennent quelque vérité dont le tribunal devra tenir compte.

Au surplus, le recours à la justice suppose une assez longue procédure. L'article 861 du Code de procédure civile exige une sommation au mari, une requête au Président du Tribunal afin d'obtenir permission de citer le mari en Chambre du Conseil, une audition du mari, des conclusions du Ministère public. Ces nombreuses formalités retarderont la solution d'une question qui sera parfois urgente et vitale pour la femme.

Est-ce que, en présence de ces difficultés, l'épouse pourrait faire abstraction des formalités préliminaires et s'adresser directement à la justice ?

(1) La Cour de Paris a déclaré en ce sens que la disposition de l'article 219 est générale et n'admet pas d'exception.

Paris, 3 janvier 1868. D. 68-2-28.

Certaines décisions l'ont pensé. La Cour de Bordeaux, le 17 février 1897, a décidé que si les formalités de l'article 861 sont applicables à la femme dont le mari est certainement existant, cette femme peut être dispensée de s'y conformer dans certains cas, quand l'accomplissement de ces formalités aurait pour conséquence de retarder indéfiniment la solution d'une question urgente et tenant à l'ordre public, et que la femme ne peut d'ailleurs être suspecte de vouloir échapper à l'autorité maritale (1). D'après cet arrêt, le mot « absent » de l'article 222 Code civil devrait s'entendre du mari éloigné de son domicile, et il y aurait, par suite, lieu de recourir à la procédure prescrite pour le cas d'absence par l'article 863 Code procédure civile. Cette interprétation ne mérite pas d'être accueillie. Nous ne croyons pas que le mot « absent » ait ce sens dans l'article 222; en réalité, il est pris au sens habituel d'existence incertaine. D'ailleurs l'autorisation judiciaire étant exceptionnelle, elle ne doit être utilisée qu'en dernier ressort, lorsque le mari est absolument incapable de manifester sa volonté. Il est donc certain que la femme pourra attendre longtemps avant d'exercer régulièrement une profession.

C'est une conséquence inéluctable de cette situation essentiellement irrégulière qu'est la séparation de fait.

(1) Bordeaux, 17 février 1897. D. 98-2-197.

Commerce.

Aux termes de l'article 4 du Code de commerce, « la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari ». Ce consentement peut être tacite et résulter des circonstances. Si le mari ne s'oppose pas à la gestion d'un commerce par la femme, il est censé l'approuver.

Mais cette interprétation, plausible pendant la vie commune, est-elle admissible dans l'hypothèse d'une séparation de fait ?

Lorsque les époux vivent ensemble, c'est au vu et au su du mari que l'épouse fait le commerce. Mais il en va tout autrement quand les époux sont séparés. Le silence du mari ne peut alors avoir la valeur d'un acquiescement. Aussi est-il logique de dire que l'autorisation du mari doit, en ce cas, être expresse. Si l'on ne va pas jusque là, il faut au moins admettre le devoir pour le juge d'examiner avec une circonspection beaucoup plus attentive, les circonstances de nature à établir l'autorisation tacite. La Cour de cassation reconnaît aux juges du fait le pouvoir souverain d'apprécier si un mari a expressément ou tacitement autorisé sa femme, à se livrer au commerce (1). Par là même, la Cour suprême reconnaît que les circonstances peuvent

(1) Cassation, 1^{er} mars 1897. S. 97-1-352.

être exclusives de toute autorisation tacite. Une autorisation expresse du mari nous paraîtrait nécessaire si la femme avait abandonné sans motif valable le domicile conjugal, car il n'y aurait pas de raison sérieuse de fournir à la femme des moyens de vivre séparée. Au contraire, on pourrait voir dans l'abandon du mari une autorisation en quelque sorte implicite de faire le commerce.

A défaut de l'autorisation maritale, la femme séparée de fait aurait-elle le droit de s'adresser à la justice pour devenir commerçante ?

L'article 4 du Code de commerce garde le silence sur l'autorisation judiciaire. On en conclut généralement que, s'il s'agit d'une entreprise commerciale, le mari seul peut habiliter sa femme et que l'autorisation supplétive de justice est écartée en la matière.

Néanmoins, certains arrêts ont admis que le refus du mari d'autoriser sa femme est susceptible d'appel devant les tribunaux (1).

En équité, le recours à la justice paraît d'autant plus nécessaire qu'il faut assurer à la femme des moyens de subsistance. Mais, en droit, ce recours semble injustifiable en présence du texte de l'article 4 du Code de commerce.

Aucune loi postérieure n'est venue combler cette lacune. La loi de 1907 a garanti à la femme le droit au salaire, mais elle n'a rien changé aux disposi-

(1) Paris, 3 janvier 1868. D. 68-2-28.

tions du Code de commerce en ce qui concerne l'autorisation maritale. Il en résulte que, légalement, la situation d'une femme séparée de fait est différente suivant qu'il s'agit d'une entreprise commerciale ou de l'exercice d'une profession. Dans le premier cas, elle ne peut se passer de l'autorisation du mari; dans le second, cette autorisation peut être suppléée par celle de la justice.

CHAPITRE V

La séparation de fait et la puissance paternelle.

En cas de séparation fortuite, le législateur a, dans une certaine mesure, modifié les règles ordinaires de la puissance paternelle.

Aux termes de l'article 2 de la loi du 3 juillet 1915, s'appliquant seulement pendant la période des hostilités, la mère exercera provisoirement la puissance paternelle à défaut du père empêché par la guerre. La loi n'est d'ailleurs déclarée applicable que dans les cas d'urgence reconnus par la justice.

Lorsqu'il s'agit d'une séparation de fait volontaire, la situation est complètement différente. Le mariage continue et, par suite, le père seul a l'exercice de la puissance paternelle. Mais les intérêts de l'enfant peuvent être gravement lésés en de pareilles circonstances.

On peut reprocher au père des faits d'une légère gravité, mais qui n'en sont pas moins préjudiciables à l'enfant. Dès lors, une demande de la mère ou d'un membre de la famille, tendant à priver le

père de la garde des enfants ne peut-elle pas être accueillie ?

En pure équité, la réponse n'est pas douteuse, mais en droit elle comporte de grandes difficultés relatives au pouvoir des tribunaux en cette matière.

Avant la loi du 24 juin 1889, les tribunaux ne faisaient aucune difficulté, dans le cas où l'intérêt de l'enfant suggérait une telle mesure, à retirer l'un des attributs de la puissance paternelle, tel que le droit de garde, à l'un des parents pour le confier à un autre.

Sans doute, aucun texte précis ne conférait ce pouvoir aux juges. Mais les tribunaux puisaient le droit « dans les sources mêmes de leur institution
« qui les fait juges par essence des litiges de tout
« genre qui leur sont soumis, dès lors qu'on les
« place en face de circonstances ou d'états de fait
« constituant des conflits d'intérêts d'ordre maté-
« riel ou moral; ils se fondaient surtout sur les rè-
« gles générales du droit naturel et du droit social
« concernant la fonction de haute tutelle dévolue
« à la justice pour assurer aux enfants la protec-
« tion que leur doit la puissance publique, quand
« ceux qui, de par l'organisation légale de la fa-
« mille, ont la mission primordiale et solidaire de
« la leur accorder, ont cessé de s'entendre sur les
« conditions de cette protection et que le sort de
« l'enfant peut courir un véritable péril » (1).

(1) Ces motifs sont extraits du jugement du Tribunal

Cette jurisprudence se justifiait fort aisément en fait et en logique. La nécessité de l'intervention judiciaire se faisait manifestement sentir vis-à-vis des parents qui maltrahaient leurs enfants ou leur donnaient des exemples immoraux.

Le but de la puissance paternelle n'était-elle pas précisément la protection de l'enfance ? Or, si le Code civil avait organisé cette protection, il en avait mal réglementé l'exercice et surtout il n'avait créé aucun moyen de contrôle. Quoi de plus naturel, dès lors, que d'admettre que ce contrôle appartenait aux tribunaux veillant en quelque sorte sur l'exécution des lois ?

Mais il n'en est pas moins vrai que cette jurisprudence présentait un caractère arbitraire et que cette immixtion des cours et tribunaux dans la vie de famille ne pouvait s'autoriser de l'interprétation d'aucun article du Code. Il est bien possible de comprendre un droit de contrôle des autorités judiciaires sur l'exercice de la puissance paternelle, mais seulement dans les hypothèses où le père commet un acte tombant sous le coup de la loi.

Une pareille jurisprudence pouvait-elle survivre à la promulgation de la loi de 1889 ?

de la Seine du 5 avril 1911, dans le passage où ce jugement apprécie l'ancienne jurisprudence dont nous parlons. Quant à cette jurisprudence elle-même, elle était nettement établie par les arrêts de la Cour de cassation du 3 mars 1856, D. 56-1-290; du 15 mars 1864, D. 64-1-302; du 27 janvier 1879, S. 79-1-464; voir aussi Lyon, 27 mars 1886. S. 88-2-35.

Sans qu'il soit besoin de rappeler ici le mouvement législatif qui aboutit à cette loi importante, nous nous bornerons à exposer rapidement les principes, le mécanisme et la portée d'application de cette dernière. Un système complet et général de déchéances, une efficace protection des enfants moralement abandonnés se trouvaient désormais établie.

La loi du 24 juillet 1889 a établi deux sortes de déchéances, l'une légale, l'autre judiciaire.

La première est la conséquence de certaines condamnations dont la liste est contenue dans l'article premier. La seconde est facultative et prononcée par la justice. Malgré l'énumération de l'article 2, elle n'est pas limitée à certaines hypothèses particulières, car le texte se termine par une formule générale : « En dehors de toute condamnation, les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire ou scandaleuse, ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants. » Cette formule laisse en somme aux tribunaux la faculté d'apprécier d'une façon absolue si la déchéance doit être ou non prononcée. Qu'elle soit légale ou judiciaire, la déchéance est totale à deux points de vue. En premier lieu elle enlève au père tous les pouvoirs que lui conférerait l'exercice de la puissance paternelle. En second lieu, la déchéance se produit vis-à-vis de tous les enfants, en ne laissant subsister que le droit au respect qui est une question de pure morale, et le droit aux

aliments qui, indépendamment de son caractère d'obligation légale, est fondé sur un principe d'humanité qui continue à subsister, quelque grande qu'ait été l'indignité des parents. Le père étant alors déchu, la puissance paternelle pourra passer à la mère, mais cela n'a rien d'obligatoire et les tribunaux ont le pouvoir de la refuser à cette dernière. En ce dernier cas, la tutelle s'ouvrira. Ce système, un peu trop rigide de la loi de 1889, a été assoupli par la loi du 19 avril 1898 qui a organisé un mode nouveau de la protection de l'enfance qui consiste à restreindre simplement les droits de la puissance paternelle. Lorsque l'enfant a été victime ou coupable d'un délit, le droit de garde peut être retiré aux parents et confié à une tierce personne, soit un particulier, soit une institution charitable, soit l'Assistance publique.

En présence d'une semblable législation, les tribunaux pouvaient-ils continuer à exercer le pouvoir qu'ils s'étaient utilement, mais arbitrairement, attribués auparavant ?

Puisque la loi nouvelle prévoyait et organisait un certain nombre de cas de déchéance de la puissance paternelle, n'en résultait-il pas que, en dehors de ces cas eux-mêmes, la puissance paternelle devait demeurer intangible ?

L'article premier de la loi de 1889 portait en effet : « Les père et mère et ascendants sont déchus de plein droit à l'égard de leurs enfants et de descendants de tous les droits qui s'y rattachent, etc... » Le texte était formel. Dans le cas de cer-

taines condamnations il y avait déchéance de tous les droits de puissance paternelle. De même, lorsque la déchéance est prononcée par les tribunaux en vertu de l'article 2, le texte dit : « Peuvent être « déclarés déchus des mêmes droits... » Il s'agit certainement ici de la mesure prononcée par l'article premier, c'est-à-dire d'une déchéance atteignant à la fois tous les droits du père. L'examen des travaux préparatoires ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard. Le projet primitif soumis à la Chambre portait les mots : « Peuvent être déchus de tout « ou partie de ces mêmes droits. » Si cette rédaction avait été acceptée, la déchéance partielle eut été possible et le législateur aurait laissé aux tribunaux le soin d'apprécier quelle étendue ils devaient donner à la mesure qui frappait le père. Mais la question ayant été soumise au Conseil d'Etat, celui-ci repoussa le projet du gouvernement et déclara que la déchéance devait être totale. En définitive, la loi de 1889 condamnait la jurisprudence antérieure, puisque, en déclarant la déchéance totale, elle s'opposait à ce que les juges détachassent le droit de garde des autres attributs de la puissance paternelle.

Néanmoins cette jurisprudence se perpétua dans une certaine mesure et l'on assista à un curieux conflit entre les tribunaux de première instance et les Cours d'appel.

Les tribunaux de première instance et à leur tête le Tribunal de la Seine, maintinrent le point de vue qu'ils avaient adopté avant 1889. Non seule-

ment ils prétendirent conserver encore le droit de contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle et s'interposer pour protéger les intérêts de l'enfant, mais ils affirmèrent, en outre, que la loi de 1889 leur ayant conféré la faculté de prononcer la déchéance totale, leur avait permis, *a fortiori*, de ne retirer aux parents qu'un des attributs de la puissance paternelle. La maxime : Qui peut le plus peut le moins, devint pour eux un motif nouveau d'intervention. Cette théorie s'affirma dans de nombreux jugements (1).

Au contraire, les Cours d'appel, s'attachant aux termes de la loi de 1889, réformèrent les jugements dont il s'agit. Quelques mois après la promulgation de la loi nouvelle, la Cour d'Agen infirma une décision qui avait prononcé une déchéance partielle (2). Un arrêt de la Cour de Poitiers du 21 juillet 1890 s'exprimait ainsi : « Attendu
« que, jusqu'ici, il est vrai, la loi faisant défaut,
« les tribunaux s'étaient arrogés le droit nécessaire
« d'enlever aux père et mère les attributs de la

(1) Trib. Seine, 27 janvier 1890. S. 91-2-17.

Trib. Rennes, 18 septembre 1891. D. 94-2-393.

Trib. Seine, 6 juin 1896. D. 99-2-58.

Trib. Seine, 19 avril 1899. *Le Droit* du 24 octobre 1899.

Trib. Seine, 7 mars 1902. *Le Droit* du 19 juin 1902.

Trib. Reims, 27 décembre 1901. *Gaz. Pal.*, 1902-1-225.

Contra : Trib. Saint-Quentin, 27 décembre 1889 et Trib. de Toulouse, 3 juillet 1890. S. 91-2-17.

(2) Agen, 6 novembre 1889. S. 90-2-132 et D. 90-2-35, avec note de M. de Loynes.

« puissance paternelle dans la mesure que com-
 « mandait l'intérêt supérieur de l'enfant; mais que
 « la loi de 1889 a substitué un texte positif au droit
 « arbitraire ainsi déduit, par la jurisprudence, de
 « cet intérêt lui-même » (1).

Dans l'espèce particulière d'une séparation de fait, la Cour de Paris, par arrêt du 31 décembre 1907, déclara qu'en dehors des cas d'application de la loi de 1889, tout contrôle des tribunaux sur l'exercice du droit de garde du père se trouve exclu (2).

Quant à la Cour de cassation, sans avoir jamais été appelée à statuer directement sur le point en question, elle a cependant pris implicitement parti. En effet, dans les arrêts où elle reconnaît aux tribunaux le droit de réglementer même contre le gré du père, les visites des petits-enfants à leurs grands-parents, elle spécifie que le père ne saurait être, sous ce prétexte, privé, même d'une manière indirecte et partielle, de son droit de garde qui reste absolu (3).

(1) Poitiers, 21 juillet 1890. S. 91-2-17, note de M. Bourcart et D. 91-2-73, note de M. de Loynes.

Dans le même sens : Paris, 20 mai 1898. D. 99-2-447; Paris, 15 décembre 1898. D. 99-2-57; Paris, 26 décembre 1902. *Gaz. Pal.*, 1903-1-329.

(2) Paris, 31 décembre 1907. *Gaz. Trib.*, 1908, 1^{er} semestre 2-192.

(3) Cassation, 28 juillet 1891. D. 92-1-70.

Cassation, 12 février 1894. D. 94-1-218, avec les conclusions de M. l'avocat général Cruppi.

Req., 12 juillet 1870 et Civ., 26 juillet 1870. D. 1871-1-217.

Tel était l'état de la jurisprudence, lorsque furent rendues les décisions qui nous intéressent particulièrement.

Deux époux étaient séparés de fait par la faute du mari. Celui-ci, dans le but reconnu de contraindre sa femme à demander le divorce, avait invoqué sa puissance paternelle pour retirer à la mère la garde d'une fille issue du mariage. Puis, vivant lui-même dans des conditions morales et matérielles qui ne lui permettaient pas de conserver l'enfant auprès de lui, il l'avait placé à l'étranger. La mère demandait que la garde lui fut rendue. Un jugement du Tribunal de la Seine, du 5 avril 1911, et un arrêt confirmatif de la Cour de Paris du 8 février 1912 admirent cette demande de la mère (1).

Le jugement contient une argumentation sérieuse et d'une certaine ampleur qu'il importe d'autant plus de faire qu'elle constitue l'explication de la jurisprudence constante des tribunaux de première instance depuis la loi de 1889. Ayant d'abord rappelé la jurisprudence antérieure à cette loi, le Tribunal cherche à établir que cette dernière n'a pu supprimer, en dehors des cas spéciaux de déchéance qu'elle reconnaît, l'ancien pouvoir que l'autorité judiciaire s'était reconnue. Puis le jugement continue en ces termes : « Attendu que la loi de 1889, s'attachant d'une façon spéciale et exclu-

(1) Voir le jugement dans la *Gaz. du Palais* du 31 octobre 1911 et l'arrêt dans la *Gaz. des Tribunaux* des 26-27 février 1912.

sive, et dans un but évident de plus grande protection pour l'enfance, à celles de ces causes nombreuses qui, par leur caractère plus grave, constituaient objectivement des cas d'indignité pour les parents ou l'un d'eux, a entendu régler cette situation pour les seuls cas pouvant entraîner obligatoirement ou facultativement une déchéance, c'est-à-dire une véritable peine motivant la perte totale de l'autorité paternelle, mais que le domaine d'application des nouveaux textes n'a point dépassé ces limites, que le législateur a délibérément restreintes aux seules hypothèses de déchéance, qu'il a envisagées et déterminées en prenant soin d'énumérer les états divers qui pourraient seuls les constituer;

« Attendu qu'en dehors des cas de déchéance prévus... se placent, aussi bien après qu'avant la loi de 1889, les hypothèses nombreuses n'entraînant pour les parents aucune réelle déconsidération, incapables par conséquent de motiver l'instance grave et infamante que constitue une action en déchéance et, pourtant, impliquant malgré tout des conflits très âpres, très troublants, aussi pernicious à la paix du foyer qu'à la vie physique et morale des enfants, et nécessitant dès lors la solution imposée par le souci de l'intérêt desdits enfants;

« Attendu que ces cas, avant la loi de 1889, se confondant avec les cas d'indignité proprement dits, étaient soumis indistinctement à l'appréciation des tribunaux; que, ces derniers cas seuls, étant prévus et réglementés par ladite loi, il n'est

ni humain ni logique d'admettre que les premiers, c'est-à-dire, les conflits entre parents n'ayant pas démerité, n'aient pas continué à bénéficier du régime ancien; que la loi de 1889 constituerait dans la théorie contraire, un véritable recul..., puisque des situations aussi intéressantes qu'urgentes, autrefois réglées judiciairement, échapperaient à tout contrôle, au grand détriment des mineurs dont le sort appartiendrait exclusivement et mécaniquement au père par droit de puissance paternelle, quelque péril que cette domination, aussi archaïquement entendue, soit de nature à leur faire encourir. »

La Cour de Paris, devant laquelle l'appel fut interjeté, se montra beaucoup plus sobre de raisonnement juridique. « Attendu que, pour s'opposer « aux mesures commandées par les circonstances « dont il est responsable, R... (le père séparé de « fait), ne peut raisonnablement se prévaloir de la « puissance paternelle qu'il exerce exclusivement « en vue de la réussite de ses projets d'intimidation et qu'il serait injuste de l'admettre à tirer en « quelque sorte profit de ses propres torts... »

Ainsi, la Cour confirme le jugement dont est appel, mais sous l'empire de considérations d'équité et de moralité. Elle évite de creuser la question de droit et de se mettre, par là même, en contradiction avec les idées continuellement affirmées par les cours depuis la loi de 1889. C'est pourquoi, sans diminuer l'importance de cet arrêt, il importe de ne pas en exagérer la portée et de ne pas le consi-

dérer comme le terme du conflit entre les tribunaux de première instance et des Cours d'appel.

Que convient-il maintenant de penser de la solution adoptée par le Tribunal de la Seine et la Cour de Paris, dans l'espèce que nous venons d'étudier ?

Nous croyons que ces décisions, incontestablement fondées en équité, en pratique et en législation théorique, ne peuvent s'appuyer sur la loi de 1889 et qu'elles sont même en contradiction avec elle. Avant cette loi, le pouvoir que s'étaient attribué les tribunaux présentait, nous l'avons dit, un caractère certain d'arbitraire. La loi a substitué à l'œuvre prétorienne, une réglementation positive. Mais, en même temps, elle a organisé un certain nombre de cas de déchéance, en dehors desquels la puissance paternelle doit demeurer intangible. De plus, elle a conçu la puissance paternelle comme étant en quelque sorte indivisible, de telle sorte que la déchéance est totale et que les juges ne peuvent retirer au père l'un seulement des attributs de son autorité, tel que le droit de garde.

En définitive, la jurisprudence semble avoir dépassé la limite de ses pouvoirs légaux en cette matière. Mais on ne saurait lui faire grief de s'être appuyée sur des considérations d'équité incontestable et d'avoir cherché à sauvegarder les intérêts de l'enfant. Le salut de l'enfant, n'est-ce pas la loi suprême ? Il serait désirable qu'une loi vint assouplir, pour l'hypothèse de la séparation de fait, le régime de la puissance paternelle et permettre aux tribunaux de statuer sur la garde des enfants. Ce

ne serait point là donner la moindre valeur juridique à la séparation volontaire, mais empêcher que les enfants pussent être victimes de cette situation.

CONCLUSION

Qu'elle soit le résultat d'un pacte, ou qu'elle provienne de l'abandon de l'un des époux par l'autre, la séparation de fait est un état contraire au droit. Les seuls moyens juridiques de rompre la vie commune sont le divorce et la séparation de corps; et c'est seulement lorsque le divorce ou la séparation ont été prononcés en justice que les conjoints se trouvent affranchis du devoir de cohabitation. Toute séparation volontaire, unilatérale ou contractuelle est illégale.

Le mariage subsiste. C'est pourquoi l'obligation de secours alimentaire persiste; celle-ci est, en effet, une conséquence même du mariage, et elle se distingue de l'obligation pour le mari de fournir à sa femme un traitement convenable, laquelle est corrélatrice de l'obligation imposée à la femme d'habiter avec son mari.

La femme demeure incapable. Sa subordination légale au mari est seulement relâchée en fait. Dans le but de permettre à l'épouse d'accomplir les actes

nécessaires à son existence et de protéger les tiers traitant avec elle, la jurisprudence a consacré des solutions indispensables d'équité. Ces solutions, vraiment injusticiables en droit, par l'idée du mandat tacite ou de l'autorisation tacite, s'expliquent au contraire très bien, nous l'avons vu, par celle de l'enrichissement sans cause. C'est sur cette notion que se fonde juridiquement le recours des tiers contre le mari pour les actes passés par l'épouse séparée de fait. Ainsi, les tribunaux ont donné satisfaction aux nécessités pratiques sans faire échec au principe de l'incapacité de la femme mariée. De même, lorsqu'il s'est agi d'actes excédant la sphère de l'entretien et du ménage, la jurisprudence a, non sans élégance, concilié la règle de l'incapacité avec la protection des tiers de bonne foi. Sans reconnaître la moindre validité à l'acte passé par la femme sans autorisation, elle a fait jouer la conception de l'abus du droit et, mieux encore, la notion du quasi-délit, pour refuser au mari et à la femme l'exercice d'une action en nullité qui eût été inique.

Par ces sages décisions, la jurisprudence a pourvu aux intérêts et aux nécessités, sans accorder aucune valeur juridique à la séparation de fait.

Relativement aux enfants communs, les tribunaux ont parfois confié la garde à la mère. Certainement fondée en équité, cette solution nous a paru en contradiction avec la loi de 1889. Sur ce point, nous avons appelé de nos vœux, une intervention législative. Permettre à l'autorité judiciaire de con-

fier les enfants à la mère au cours du mariage, ce ne serait pas, nous le répétons, faire de la séparation de fait un état en quoi que ce soit légitime, mais au contraire, éviter que cette situation pût préjudicier aux enfants eux-mêmes.

Là d'ailleurs, se bornent nos desiderata législatifs. Nous ne voyons aucune raison sérieuse de reconnaître la séparation de fait et de lui attribuer des effets de droit. Sans doute, on peut théoriquement concevoir un système législatif comportant quatre états successifs : la vie commune, la séparation de fait, la séparation de corps, le divorce. La séparation de fait serait en quelque sorte, le premier degré dans la dislocation du mariage. Elle ne serait d'ailleurs, qu'un état transitoire destiné à prendre fin au bout d'un nombre d'années déterminé. A l'expiration de ce délai, les époux devraient opter entre la reprise de la vie commune ou la séparation de corps et le divorce. Il y aurait ainsi, comme une espèce de période d'attente et de réflexion. Quant aux effets de cette séparation de fait, légalement reconnue, ils seraient moindres que ceux de la séparation de corps : notamment, la femme ne recouvrerait pas sa pleine capacité civile, mais seulement une demi-capacité qui serait à fixer.

Une semblable conception n'est pas en elle-même absurde. Mais, outre que nous ne la voyons réalisée dans la législation d'aucun pays, elle ne nous semblerait aucunement opportune.

D'après le Code civil, la séparation de corps peut

cesser par la réconciliation des époux (art. 311). D'autre part, elle est convertie en divorce, au bout de trois ans, sur la demande de l'un des époux séparés. Elle constitue donc une période de transition et de réflexion suffisantes, laissant la porte ouverte à une réconciliation ou à une rupture définitive. Ce serait une complication bien inutile que celle qui résulterait d'une séparation de fait, pouvant elle-même se transformer en séparation de corps. Trop de tâches urgentes et impérieuses s'offrent au législateur de demain, pour qu'on songe à lui conseiller une expérience aussi vaine !

Vu : *Le Président de la thèse,*

Vu : *Le Doyen,*

R. PIÉDELIÈVRE.

F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
CHAPITRE PREMIER. — <i>Définition et variétés de la séparation de fait</i>	9
CHAPITRE II. — <i>Nullité des conventions de sépara- tion</i>	16
CHAPITRE III. — <i>L'obligation de secours entre époux séparés de fait</i>	27
CHAPITRE IV. — <i>La séparation de fait et l'incapacité de la femme mariée</i>	33
<i>Section première.</i> — Actes permis à la femme sans autorisation	37
<i>Section II.</i> — Actes d'entretien ou ménagers....	44
<i>Section III.</i> — Actes excédant les limites de l'en- retien du ménage.....	60
<i>Section IV.</i> — Exercice d'une profession.....	66
CHAPITRE V. — <i>La séparation de fait et la puissance paternelle</i>	74
CONCLUSION	87

